



**FERNER & KOLLEGEN**

# **Strafverfahren**

---

Rechtsanwalt Wolfgang Ferner, Heidelberg/Koblenz  
wferner@ferner.de

---

Rommersheim/Koblenz/Heidelberg Januar 2010  
V 2.31

Das Manuskript wird regelmäßig aktualisiert. Neuere Versionen finden Sie unter den Webseiten [www.ferner.de](http://www.ferner.de) (Beiträge)

## Inhaltsverzeichnis

1. Die Mandatsannahme in Verkehrssachen.....	3
2.2. Korrespondenz mit Rechtsschutzversicherungen.....	13
II. Vorbereitung der Hauptverhandlung.....	31
III. Verteidigungsstrategien in der Hauptverhandlung.....	32
b) Rüge der örtlichen Zuständigkeit.....	35
c) Taktische Überlegungen.....	36
d) Besetzungsrüge.....	36
e) Überprüfung der Besetzung.....	37
4. Ablehnungsanträge.....	37
b) Konkrete Befangenheitsgründe.....	38
c) Ablehnung von Schöffen und Urkundsbeamten.....	40
d) Ablehnung von Sachverständigen und Dolmetschern.....	40
5. Aussetzungsanträge.....	41
10) Das letzte Wort des Angeklagten.....	54
11. Rechtsmittelverzicht.....	55
OWiG.....	62
IV. Der Verteidiger im Rechtsmittelverfahren.....	64

## 1. Die Mandatsannahme in Verkehrssachen

### 1.1. Die Erwartungen des Mandanten

Die Mandatsannahme ist geprägt von den Erwartungen des Mandanten, den Erfahrungen des Anwaltes, der Organisation seines Büros sowie zahlreiche Vorschriften des Berufsrechts und leider gelegentlich auch des Strafrechts.

„Sie machen doch auch Verkehrsrecht“, ist eine Frage, die standardmäßig auch auf anderen Gebieten spezialisierten Anwälten immer wieder gestellt wird. Die Erwartungen der Mandanten sind häufig durch die eigene Praxis als Verkehrsteilnehmer geprägt – wenn jeder in der Lage ist, am Verkehr teilzunehmen, muss doch auch jeder Anwalt in der Lage sein, die Probleme des Verkehrsrechts adäquat zu bewältigen. Die Erwartungen des Mandanten gehen noch weiter: Der Unfall soll schnell, ohne Aufwand des Mandanten und ohne Kosten erledigt werden – nicht selten erwartet der Mandant, dass vielleicht tatsächlich auch noch ein wenig mehr in der Summe ausgezahlt wird, als er an eigenen Aufwendungen hatte. Als selbstverständlich erachtet der Mandant als notwendige und kostenlose Leistung des Anwaltes, dass auch Nebenprobleme mit entsprechender Korrespondenz erledigt werden, wie beispielsweise mit der Rechtsschutzversicherung, Erklärungen gegenüber der Krankenkasse, Arbeitgeber etc.<sup>1</sup>

Auf diese Erwartungen muss sich der Anwalt einstellen. Für die Unfallregulierung ist es daher wichtig, sich von Anfang an um alle auch nur entfernt in Betracht kommenden Schadenpositionen zu kümmern und eine entsprechende Prozess- und Ablauforganisation zu schaffen, um Fehler, Versäumnisse und Zeitverzögerungen zu vermeiden. Schnelles Handeln ist auch in Ordnungswidrigkeitenverfahren und Verkehrsstrafverfahren von Bedeutung. In allen diesen Verfahren von besonderer Bedeutung ist jedoch auch die Erarbeitung einer Verfahrens- und Verteidigungsstrategie, die in den einzelnen Verfahren umgesetzt werden muss:

- Ist die Fahrerlaubnis entzogen, kann es von Bedeutung für den Mandanten sein, dass Verfahren zu beschleunigen, um möglichst schnell eine rechtskräftige Entscheidung zu erhalten
- in anderen Fällen kann es aber auch von taktisch klug sein, den Gang des Verfahrens zu verlangsamen, da sich eine Zeitverzögerung auf das Strafmaß auswirken kann oder erreicht werden soll, dass Registereintragungen gelöscht sind, wenn es zur Hauptverhandlung kommt
- andere Aspekte beachtet werden sollen (etwa um einer Beurteilung eines Fahrverhaltens als beharrlichen Verkehrsverstoß entgegen zu wirken).

Das Problem der Mandantenerwartung kann jedoch sein, dass der Mandant von Tricks und Kniffs der Anwälte gehört hat (oder im

---

<sup>1</sup> Klein in Ferner: Handbuch des Straßenverkehrsrechts

Fernsehen gesehen hat) und Ansinnen vorbringt, die den Anwalt jedenfalls in die Gefahr einer Strafvereitelung bringen können, wie wir das nicht selten in Trunkenheitsfällen erleben. Wichtig ist es daher, die Mandanten vollständig, nicht nur mündlich sondern auch schriftlich über den Gang des Verfahrens, eigene Beteiligung- und Mitwirkungsmöglichkeiten zu informieren,<sup>2</sup> aber auch die Grenzen anwaltlicher Tätigkeit klarzumachen.

## 1.2. Berufsrecht

Gerade in Verkehrsunfallsachen besteht nicht selten die Gefahr eines Verstoßes gegen die Grundpflichten des Rechtsanwaltes, so zum Beispiel die Gefahr von Doppelmandaten gemäß § 43a BRAO. Ein Doppelmandat – und damit die Gefahr eines Verstoßes gegen das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen - ist gegeben, bei gleichzeitiger Vertretung mindestens zweier Mandanten, deren Interesse gegenläufig sind, weil der eine auch Gegner des anderen sein oder werden kann. Dabei kommt es im Einzelfall nicht darauf an, ob tatsächlich ein Interessenkonflikt eingetreten ist, es reicht der Umstand, dass ein solcher Konflikt möglich ist. Allein diese Möglichkeit kann berufsrechtliche Konsequenzen haben.

Dass die gemeinsame Vertretung von Unfallgegnern durch denselben Anwalt unzulässig ist, bedarf keiner weiteren Erörterung. Dieser Grundsatz gilt nach dem Prinzip der einheitlichen Vertretung auch für die Beauftragung verschiedener Anwälte der gleichen Sozietät (in Zivilsachen) und auch für Anwälte in Bürogemeinschaft (vgl. § 3 Abs. 2 BORA). Im Gesetz fehlt eine ausdrückliche Erstreckung der in § 43 a BRAO genannten Berufspflichten auf Sozien und andere zu gemeinschaftlichen Berufsausübung verbundenen Rechtsanwälte, wie sie in den §§ 45 Abs. 3 und 46 Abs. 3 BRAO aufgeführt sind. Dies ist jedoch kein Versehen des Gesetzgebers, sondern wurde als überflüssig angesehen, weil bei Zweifeln über die Reichweite einzelner Grundpflichten, die Berufsordnung Konkretisierungen vornehmen kann. So weist die Begründung des Gesetzentwurfes ausdrücklich auf die Gefahr der Vertretung widerstreitender Interessen hin, die mit der Entstehung immer größerer Kanzleien und überörtlicher Sozietäten verbunden ist und verweist in diesem Zusammenhang ausdrücklich auf die Möglichkeit der „Praxisorientierten Leitlinien der Berufsangehörigen“ hin.

Bis zur Verabschiedung des Rechtsdienstleistungsgesetzes galt das Verbot der Beteiligung an einer **Sternsozietät**.<sup>3</sup> Darunter versteht man die Beteiligung von Anwälten, die in einer Sozietät verbunden sind oder eines Anwaltes aus einer Sozietät mit einer weiteren Sozietät, ohne das die Gesellschafter dieser Sozietät an der ursprünglichen Sozietät beteiligt sind. Mit der Verabschiedung des Rechtsdienstleistungsgesetzes ist dieses Verbot entfallen.<sup>4</sup> Das Verbot

---

<sup>2</sup> Muster etwa bei Himmelreichbücken Formularbuch des Verkehrsstrafrechts 4. Auflage 2003; Stegmann/Meth-Kolbe Formularbuch Verkehrsunfall 3. Auflage 2002

<sup>3</sup> BGH, Beschl. v. 14.11.2005 - AnwZ (B) 83/04 (AGH Hamburg)

<sup>4</sup> Art. 4 des Gesetzes vom 12.12.2007, BGBl. I, 2840

der Vertretung widerstreitender Interessen gilt in Fällen der Sternsozietät selbstverständlich für beide Sozietät, die durch einen oder mehrere Anwälte verbunden sind, d.h. auch für die Anwälte, die nicht Mitglieder beider Sozietät sind.

**Beispiel:** A ist Mitglied der Beiden Sozietät S1 und S2. Die Anwälte B (Sozietät S1) und C (Sozietät S2) sind nicht Mitglied der jeweiligen anderen Anwalts-gesellschaft. Auch B und C müssen auf Interessenkollisionen achten – es ist beiden untersagt, auf der jeweiligen „anderen“ Seite eines Unfallgeschehens anwaltlich tätig zu werden.

Das Anwaltsbüro muss daher auch in größeren Sozietäten und überörtlichen Organisationen so ausgerichtet sein, dass jederzeit gewährleistet ist, dass mögliche Kollisionen erkannt und damit ausgeschlossen werden. Das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen gilt auch für Schein- und Außensozietäten.

Dieser Konflikt beginnt bereits mit der Mandatsannahme. Typische Konstellationen, in denen ein entsprechender Konflikt in Betracht kommt:

### **1.2.1. Einholung von Aktenauszügen für die gegnerische Versicherung.**

Dies ist ein besonderes Problem, dass zahlreiche Anwälte nicht beachten. Der Anwalt des Anspruchsstellers wird von der gegnerischen Versicherung häufig aufgefordert, zur Beschleunigung der Schadenregulierung einen Aktenauszug aus den Straf- oder OWiG - Akten zur Verfügung zu stellen. Für die Zulässigkeit eines solchen Vorgehens wird argumentiert, dass der Anwalt als unabhängiges und objektives Organ der Rechtspflege nur Unterlagen weiterleitet, also gewissermaßen zur Durchführung des Regulierungsauftrages notwendige Unterlagen der Versicherung vorlegt. Dieses Verfahren wird in der Praxis häufig als zulässig angesehen, weil es der Beschleunigung der Schadensregulierung für den Mandanten dienen soll. Die Aushändigung entspricht sogar einer Empfehlung des HUK-Verbandes.<sup>5</sup> Eine Reihe von Autoren sieht dies jedoch sehr kritisch.

Der Haftpflichtversicherer des Unfallgegners möchte die Akten einsehen, um Einwendungen gegen eine Unfallregulierung vorzubereiten. Der Rechtsanwalt würde dann dem Gegner die Unterlagen beschaffen, die dieser für eine Schadensregulierung in eigenem Interesse, aus Sicht des Mandanten, also für die Verwirklichung gegnerischer Interessen benötigt. Problematisch ist auch, dass nach den **allgemeinen Grundsätzen der Anwalt kein Honorar vom Gegner** verlangen kann, sondern im Falle einer Beschaffung der Straf- oder OWiG Akten für den Gegner die hierfür angefallenen Gebühren allenfalls im Rahmen der Regulierung als Schaden des Mandanten einfordern kann.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Anwaltsblatt 1989, 214

<sup>6</sup> Ferner PVR 2002, 26; derselbe im Handbuch Straßenverkehrsrecht Seite 61; Hartung/Holl § 3 BORA RdnrRn. 33

Zahlt jedoch die gegnerische Versicherung dem Anwalt des Anspruchsstellers für den Aktenauszug ein Honorar und erstattet die Schreibauslagen, führt dies zu dem Problem der widerstreitenden Interessen gemäß § 3 BORA und § 356 StGB. Für die Frage der Beschleunigung der Schadensregulierung ist weder § 356 StGB noch § 3 BORA relevant: Auch das Argument, die Versicherung würde sich, wäre der Anwalt nicht hilfsbereit, die Akten anderweitig besorgen, ist für die Beurteilung eines Verstoßes gegen die Grundregeln anwaltlicher Pflichten völlig uninteressant. Der durch die Vertretung widerstreitender Interessen eingetretener Schaden ist nicht ein eventueller Vermögensverlust des Mandanten, sondern der Vertrauensverlust der „Gemeinschaft“ in die Tätigkeit aller Anwälte. In dieser Situation gibt es jedoch auch Lösungsmöglichkeiten:

- Vor Übersendung von Aktenauszügen an die gegnerische Versicherung muss das Einverständnis des Mandanten eingeholt werden.
- Für die Übersendung darf seitens des Anwalts von der gegnerischen Versicherung kein Honorar gefordert werden, von der Versicherung darf kein Honorar an den Anwalt gezahlt werden.
- Die entstandenen Gebühren und Auslagen sind als Teil des Unfallschadens einzufordern.

Die hierdurch entstandenen Gebühren und Auslagen sind also von dem Mandanten des Anwaltes an diesen zu zahlen. Der Mandant hat im Falle des Obsiegens einen Anspruch auf Erstattung gegen die Versicherung.

Eine Alternative kann sein, dass die gegnerische Versicherung eine fremde Schuld übernimmt: der Anwalt versendet die Akte im Auftrag des eigenen Mandanten; die Versicherung ist bereit, diese Kosten unabhängig von der Regulierung für den Mandanten zu übernehmen. Dabei stellt der Anwalt seine Rechnung – etwa entsprechend der Abrechnung mit Rechtchutzversicherern – auf den Namen des Mandanten aus.

### **1.2.2. Ansprüche des Halters bei Sachschäden; Schmerzensgeldansprüche des Insassen**

Eine derartige Interessenkollision liegt in den Fällen vor, in denen die Vertretung des geschädigten Halters, der das Fahrzeug selbst gefahren hat und eines verletzten Insassen übernommen wird; bzw. Fahrer und Halter bei einem Sachschaden vertreten werden. Dies gilt auch, wenn das Ziel ist, grundsätzlich gegen die Haftpflichtversicherung des Unfallgegners vorzugehen. Da aber auch in diesen Fällen stets ein Mitverschulden des Fahrers in Betracht kommt, kann es zwangsläufig zu Interessenkollisionen kommen. Nur bei offensichtlich dem Haftungsgrund nach unstreitigen Fällen kann eine Kollision ausgeschlossen werden.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Gebhardt § 1 Rn. 37; OLG Düsseldorf DAR 2003, 83

### 1.2.3. Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahren gegen den Fahrer; zivilrechtliche Ansprüche des Halters oder des Insassen

Auch diese Konstellation begründet einen Interessenkonflikt.

In der **Sozietät** ist die Gefahr unerkannter Interessenskollisionen groß. Hier kann beispielsweise ein Anwalt die zivilrechtlichen Ansprüche des einen verfolgen, während der Kollege den gegnerischen Fahrer im Ordnungswidrigkeitenverfahren betreut. Durch die Reform des Schadensersatzrechtes, die zum 01.08.2002 in Kraft getreten ist, wurde die komplizierte Situation noch weiter kompliziert. Die Gesetzesänderung sollte insbesondere die Rechtsstellung von Opfern, die Körper- und Gesundheitsschäden erlitten haben, stärken - so kann ein Geschädigter jetzt auch ein Schmerzensgeld in Fällen der Gefährdungshaftung verlangen. Bei der Vertretung von Halter, Fahrer und Mitfahrer gegen den Unfallgegner, der den Unfall alleine verursacht hat, treten nach der Reform des Gesetzes ebenfalls Probleme auf. Diese werden noch gesteigert, wenn es um die Vertretung eines geschädigten mitfahrenden Kindes geht.

#### Beispiel:

Bei einem unverschuldeten Verkehrsunfall ist der Fahrer O und das mitfahrende Kind leicht verletzt. Halterin des beschädigten Fahrzeuges ist die Ehefrau des Fahrers und Mutter des verletzten Kindes. Die Eltern O. und das Kind möchten nun von einem Anwalt vertreten werden und die entsprechenden Ansprüche durchsetzen.

Das Problem des pflichtwidrigen Handelns wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass sich die Mandanten wechselseitig mit der Vertretung des anderen durch denselben Anwalt oder dieselbe Anwaltskanzlei einverstanden erklären<sup>8</sup>. **Parteiverrat** kann auch vorliegen, wenn der Anwalt den Unfallfahrer verteidigt und die Interessen des Unfallgeschädigten vertritt, auch wenn dies wiederum im Einverständnis mit den beteiligten Geschädigten vertritt. Dies gilt auch, wenn er Ansprüche nur gegen die hinter dem Fahrer stehende Haftpflichtversicherung richtet<sup>9</sup>.

**Des Parteiverrats** macht sich strafbar, wer ..... „als Anwalt bei einer ihm in dieser Eigenschaft anvertrauten Angelegenheit in der selben Rechtssache beiden Parteien durch Rat oder Beistand pflichtwidrig dient.“

Als dieselbe Rechtssache im Sinne des § 356 StGB wird hier der Verkehrsunfall anzusehen sein, da dieser Lebenssachverhalt eine Klammerwirkung hinsichtlich aller möglichen Ansprüche zwischen den beteiligten Personen herstellt. Im Rahmen dieser selben Rechtssache

<sup>8</sup> BGH St 18, 192; OLG Zweibrücken NStZ 1995, 35

<sup>9</sup> BayObLG NJW 1995, 606

gibt es nicht nur Ansprüche der Familie O., d.h. der einzelnen Mitglieder dieser Familie, gegen den Gegner, sondern möglicherweise auch Ansprüche innerhalb der Familie, insbesondere des Vaters gegen die Ehefrau und des Kindes gegen den Vater und der Mutter als Halterin des Fahrzeuges.

Wird mithin der Rechtsanwalt in dieser Angelegenheit von allen drei Mitgliedern der Familie O. mandatiert, was einem Anvertrauen im Sinne des § 356 StGB entspricht,<sup>10</sup> so sind schon die ersten objektiven Tatbestandsmerkmale des Parteiverrats erfüllt. Findet hiernach eine Beratung und/oder Sachbearbeitung für die Familienmitglieder statt, so ist hierin nicht nur ein Dienen, sondern auch ein pflichtwidriges Dienen zu sehen. Die Pflichtwidrigkeit ist bereits durch den Interessengegensatz der vertretenden Parteien im Rahmen der Ansprüche der Familienmitglieder untereinander indiziert.<sup>11</sup>

### **1.3. Verstoß gegen § 181 BGB?**

Sind in unserem Beispielfalle Ansprüche des Kindes gegen den Dritten auf Schmerzensgeld geltend zu machen, bzw. durchzusetzen, muss sich der Rechtsanwalt auch von dem Kind eine Vollmacht erteilen lassen.

Im Zweifel wird die Vollmacht für ein Kind von den gesetzlichen Vertretern, d.h. von den Eltern unterschrieben. Hier gibt es in unserem Beispielfall das Problem, dass eine Gemengelage von Ansprüchen aller Beteiligten untereinander, also auch des Kindes gegen seine Eltern als Halter und Fahrer des Fahrzeuges besteht. Wird nunmehr der Rechtsanwalt mit der Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Verkehrsunfall für das Kind beauftragt, sind auch die Ansprüche des Kindes gegen die Eltern als Halter und Fahrer des Fahrzeuges inbegriffen. Nach den Grundsätzen der Gesamtschuldnerschaft kann sich zwar das Kind – d.h. nach Beratung durch den Rechtsanwalt – aussuchen gegen wen die Ansprüche geltend gemacht werden, den Innenausgleich haben die Beteiligten untereinander später zu regeln. Hier könnte aber in der Bevollmächtigung ein Verstoß gegen § 181 BGB zu sehen sein, da die Vertreter im Rahmen des Verkehrsunfalls ihrerseits als Anspruchsgegner in Betracht kommen. Konsequenz wäre schlichtweg, dass für den am Unfall beteiligten Elternteil, der als gesetzlicher Vertreter des Kindes handelt, in diesen Fällen das Vormundschaftsgericht handeln müsste.

### **1.4. Lösungsansatz**

Nach der bisherigen, gängigen Kommentierung ist das Einverständnis der Betroffenen mit der Vertretung des anderen Teils unbeachtlich, da das geschützte Rechtsgut „Ansehen der Anwaltschaft“ für die Beteiligten nicht disponibel ist.<sup>12</sup> Es gibt daher im Moment für den vorsichtigen Rechtsanwalt – der sich das auch leisten kann – zwei Handlungsalternativen:

---

<sup>10</sup> siehe BayObLG NJW 1995, 607

<sup>11</sup> siehe Tröndle/Fischer StGB, 51. Auflage § 356, Rn. 6f.

<sup>12</sup> siehe Tröndle/Fischer StGB 55. Auflage, § 356 Rn. 3b

- (1) Der (über) vorsichtige Rechtsanwalt nimmt keine Mandate mehr von Halter, Fahrer und Mitfahrer an, sondern vertritt nur einen der Beteiligten, wenn ein Insasse des unverschuldet in den Verkehrsunfall einbezogenen Fahrzeuges verletzt wurde.
- (2) Wer dennoch Halter, verletzten Fahrer und/oder verletzten Mitfahrer vertreten will, beruft sich auf OLG Karlsruhe<sup>13</sup>:

Das OLG stellt zunächst fest, dass die Pflichtwidrigkeit im Sinne des § 356 StGB einen Interessengegensatz zwischen den Parteien voraussetzt. Dieser Interessengegensatz ist nicht abstrakt, sondern anhand der objektiven Interessenlage der Parteien her zu definieren, der sich wiederum in der Vertragslage widerspiegelt. Mithin ist wesentlich der Auftrag, der dem Anwalt erteilt wird. Es ist daher rechtlich möglich, dass ein Anwalt in derselben Rechtssache mehreren Beteiligten dient, soweit sich die Interessen der Parteien in derselben Rechtssache vom Standpunkt der Beteiligten aus miteinander vereinbaren lassen. Diese tatsächliche Interessenlage der Beteiligten/Mandanten gilt es durch die Bevollmächtigung beweissicher herzustellen (s.a. BVerfGE 108, 150 = NJW 2003, 2520).

#### **Schlussfolgerung:**

Der Anwalt, der in einem Verkehrsunfall mehrere Beteiligte vertritt, sollte strikt darauf achten, dass der ihm erteilte Auftrag Interessengegensätze seiner Mandanten ausschließt.

So sollten bei einer Vollmacht zur außergerichtlichen oder prozessualen Vertretung nicht die Standarttextbausteine „wird hiermit Vollmacht erteilt mich/uns in der Angelegenheit x gegen y **und etwaig weitere Beteiligte zu vertreten** .....“ Vielmehr sollte hier ein expliziter Ausschluss dahingehend aufgenommen werden, dass die Vollmacht sich nicht auf Ansprüche bezieht, die sich gegen Halter, Fahrer, Mitfahrer usw. des gleichen Fahrzeuges richten, in dem der Mandant saß. Besser noch sollten in der Vollmacht auch die Namen der ausgeschlossenen Beteiligten aufgenommen werden. Der neue, angepasste Textbaustein könnte insoweit wie folgt lauten:

*„Die Vollmacht umfasst in Verkehrssachen **nicht** die Vertretung gegen Halter, Fahrer und/oder Mitfahrer des gleichen Fahrzeuges, in dem ich gesessen habe, bzw. dessen Fahrer, Halter oder Mitfahrer ich war, **namentlich nicht gegen Herrn/Frau** .....; **Herrn/Frau** .....; **Herrn/Frau** .....“*

Um darüber hinaus sicher zu gehen, sollte/n der/die Mandant/en bei der schriftlichen Mandatsbestätigung auf diesen Umstand nochmals deutlich hingewiesen werden.<sup>14</sup> Dies entspricht auch der Kollisionsregelung in § 3 Abs. 2 BORA.

### **1.5. Widerklage**

<sup>13</sup> OLG Karlsruhe Urteil vom 19.09.2002 AZ 3 Ss 143/01; StraFo 2002, 410; AnwBl. 2003, 55 f.

<sup>14</sup> So wohl auch Wirsching DAR 2004, 173; Käab NZV 2003, 121

Nicht selten bestehen für die in den gleichen Unfall verwickelten Fahrzeuge Versicherungsverträge bei derselben Haftpflichtversicherung. Oftmals bestellt der Haftpflichtversicherer einen Anwalt für den Kläger zur Abwehr der gegen diesen im Wege der Widerklage erhobenen Haftpflichtansprüche.

**Beispiel:**

Der Kläger (K), vertreten durch Rechtsanwalt (KV) erhebt Klage auf vollen Ersatz seines Unfallschadens gegen den Unfallgegner (B) und dessen Haftpflichtversicherung (V). K ist ebenfalls bei V versichert. Prozessbevollmächtigter von B und V ist Rechtsanwalt BV. BV erhebt dann namens des B Widerklage gegen K. KV bestellt sich auch bezüglich der Widerklage als Prozessbevollmächtigter.

Der Interessenkonflikt tritt schon bei der **Widerklage** auf, einer weiteren Drittwiderklage gegen den Versicherer bedarf es dabei nicht, da wegen des Freistellungsanspruchs des Versicherungsnehmers die Interessen des Versicherers auch bei der Widerklage nur gegen den Kläger betroffen sind. Eine Drittwiderklage dokumentiert den Widerstreit der Interessen lediglich in besonderer Weise.

#### **1.5.1. Anwalt der Versicherung**

Grundsätzlich hat der Versicherer das Recht und die Pflicht, seinen verklagten Versicherungsnehmer zu vertreten. Durch § 10 Abs. 5 AKB wird hierzu die entsprechende Vollmacht eingeräumt. Auf Grund dieser Prozessführungsbefugnis kann der Versicherer einen Anwalt zur Abwehr der Ansprüche sowohl gegen sich als auch gegen den Kläger bestellen. Wegen des dabei auftretenden Interessenwiderstreits schränkt die Rechtsprechung die Befugnis des Versicherers jedoch dahin gehend ein, dass eine Vertretung nur isoliert für die Widerklage bestellt werden darf.<sup>15</sup> Nach der vom BGH ausdrücklich hervorgehobenen Interessenkollision kann der zunächst für die Erhebung der Klage von K bestellte Anwalt nicht gleichzeitig für den Prozessbereich der Widerklage tätig werden. Die Interessenkollision hängt nämlich nicht davon ab, ob die Vollmacht für KV von V oder von dem Mandanten K erteilt wird. Nicht die Unterschrift auf der Prozessvollmacht, sondern der Inhalt des Mandats ist entscheidend. Eine Vertretung der klagenden Partei für Klage und Widerklage durch einen Anwalt erscheint daher kaum möglich.

#### **1.5.2. Anwalt des Geschädigten:**

Die gleichen Grundsätze führen auch zu Problemen auf der Seite des Beklagten. Der vom BGH betonte Interessengegensatz besteht darin, einerseits die Interessen des Versicherers zu vertreten, nämlich eine Zahlungsverpflichtung zu verhindern und andererseits die Interessen des Widerklägers zu berücksichtigen, eine Zahlung von derselben Versicherung herbeizuführen. Insoweit wird der Interessenkonflikt bereits im vorprozessualen Stadium erkennbar, wenn der vom Versicherungsnehmer für die Abwicklung seines Schadens beauftragtem

---

<sup>15</sup> BGH DAR 1991, 142 f

Anwalt das Prozessmandat von der Versicherung erhalten soll oder umgekehrt, wenn der von der Versicherung bereits beauftragte Anwalt vom Versicherungsnehmer beauftragt werden soll. Die Übernahme des zweiten Mandats ist dann nicht mehr möglich.

### **1.6. Berufsrechtliche Aspekte**

§ 43a Abs. 4 BRAO verbietet ohne nähere Definition die Vertretung widerstreitender Interessen. Nach dieser Vorschrift darf der Rechtsanwalt nicht tätig werden, wenn er, gleich in welcher Funktion, eine andere Partei in derselben Rechtssache mit widerstreitendem Interesse bereits beraten oder vertreten hat. Die dargestellten Fälle erfüllen den Tatbestand und verletzen daher Vorschriften des Berufsrechts. Über berufsrechtliche Probleme hinaus, kommt auch strafbares Verhalten in Betracht. Gemäß § 356 Abs. 1 StGB kann ein Anwalt, der beiden Parteien durch Rat oder Beistand in derselben Rechtssache pflichtwidrig diene mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft werden.<sup>16</sup>

§ 356 Abs. 1 StGB setzt **keine Schädigungsabsicht** oder den Eintritt eines Nachteils voraus.<sup>17</sup> Folge eines Verstoßes ist, dass der Honoraranspruch insgesamt entfällt. Dies gilt auch, wenn es nicht zu einer strafrechtlichen Verurteilung kommt. Ein Verstoß gegen die Berufsregeln führt zum Verlust des Honoraranspruchs.

### **1.7. Prozessuale Situation**

Ist ein Rechtsanwalt zur Niederlegung des Mandates trotz Hinweises des Gerichtes nicht bereit, da er die rechtliche Situation anders beurteilt, kann er als Bevollmächtigter vom Gericht zurückgewiesen werden. Dabei wird die Auffassung vertreten, dass ein Verstoß gegen § 41a BRAO, § 3 BORA eine wirksame Bevollmächtigung hindert. Mangels offensichtlich wirksamer Vollmacht fehlt es an einer wirksamen Vertretung. Dies kann aber gemäß § 88 Abs. 2 ZPO nur auf Rüge berücksichtigt werden. Allerdings gibt es die Auffassung, dass dies auch von Amts wegen geprüft werden kann.

Auch im Strafrecht können die Angeklagten „Parteien“ sein; so dass je nach Ausgestaltung des Falles Parteiverrat bei einer Übernahme der Verteidigung nach vorheriger Niederlegung eines anderen Mandats in derselben Angelegenheit oder im Falle einer sukzessiven Verteidigung gegeben sein kann.

### **1.8. Vertretung von Beschuldigtem und Zeuge**

Ein Parteiverrat setzt voraus, dass bei Übernahme des zweiten Mandats ein Interessengegensatz beider Parteien gegeben ist. Die Einwilligung der Partei in eine Vertretung widerstreitender Interessen ist oft unbeachtlich, da Schutzgut des § 356 StGB die Integrität der Rechtspflege ist. Ein pflichtwidriges Dienen liegt indessen nur vor, wenn bei der Übernahme des Mandats ein Interessengegensatz beider

---

<sup>16</sup> Zur strafrechtlichen Problematik, insbesondere zur Frage des Irrtums über Interessengegensatz siehe Trödle/Fischer StGB § 356 Rn. 7

<sup>17</sup> vgl. auch BayObLG NJW 1995, 606 f

Parteien zu bejahren ist.<sup>18</sup> Das Tatbestandsmerkmal „in der selben Rechtssache“ ist nicht darauf beschränkt, dass der Rechtsanwalt in denselben Verfahren tätig wird. Maßgebend ist vielmehr die **Identität des anvertrauten Sachverhalts**, mag dieser auch in Verfahren verschiedener Art und unterschiedlicher Zielrichtung von Bedeutung sein. Anvertrauter Gegenstand eines Verfahrens ist grundsätzlich alles, was für den Ausgang dieses Verfahrens relevant ist. Sobald und solange der anvertraute Verfahrensstoff bei einem anderen Auftragsverhältnis widerrechtliche Bedeutung erlangen kann, darf der Anwalt nicht in eben dieser Rechtssache den nunmehrigen Gegner seines früheren Auftraggebers Rat und Beistand gewähren. Nach allgemeiner Meinung ist ein interessengegensätzliches Handeln Bestandteil des § 356 StGB. Für die Beurteilung des Interessengegensatzes ist die wirkliche Interessenlage, die durch den Auftrag der Parteien festgelegt wird, maßgebend. Das Tätigwerden des Rechtsanwaltes im Rahmen des neu erteilten Auftrages muss den Interessen der anderen Partei objektiv entgegengesetzt sein.

Wer allerdings einen Beschuldigten im Rahmen einer des Vorwurfs des § 142 StGB vertritt begeht keinen Parteiverrat, wenn er in diesem Zusammenhang das Mandat eines Zeugen annimmt, der vor der Polizei nicht aussagen möchte.<sup>19</sup>

Besonders günstig war die Entscheidung des OLG Karlsruhe, die durch die aktuelle Rechtsprechung des BVerfG eine Stütze finden könnte. Gegenstand des Verfahrens war ein **Scheidungsprozess**<sup>20</sup>

Der Rechtsanwalt, der zunächst beide Eheleute auf Grund deren gemeinsamen Auftrags ausschließlich über die Voraussetzungen und die Herbeiführung eines von beiden Eheleuten übereinstimmend gewollten einverständlichen Scheidung ihrer Ehe sowie den Unterhaltsanspruch beraten hat und auch den Unterhaltsanspruch berechnet hat, handelt nicht pflichtwidrig, wenn er später einen der Ehepartner vertritt und für diesen den Unterhaltsanspruch geltend macht.

„Bei einer Scheidungssache wird der Interessenbegriff vom Willen der Parteien gestaltet und richtet sich nach deren subjektiven Zielen. In Ehescheidungssachen steht es den Ehegatten frei, einverständlich die Voraussetzung einer Ehescheidung herbeizuführen. Hieraus rechtfertigt sich vorliegend ein subjektives Verständnis des Interessengegensatzes. Ob ein solcher gegeben ist, wird durch einen Vergleich der beiderseitigen subjektiven Parteienliegen ermittelt. Im Falle einer einverständlichen Scheidung treten – bei subjektiver Betrachtung – keine entgegen gesetzten Interessen auf. Die Eheleute sind sich

---

<sup>18</sup> OLG Düsseldorf Beschluss vom 05.11.2002 2 a Ss 167/02-57/02 II

<sup>19</sup> OLG Düsseldorf 05.11.2002 (2a Ss 167/02 – 57/02 II = DAR 2003,83)

<sup>20</sup> OLG Karlsruhe Beschluss vom 19.09.2002, 3 Ss 143/01

dabei einig, dass nach § 630 ZPO in Verbindung mit §§ 1565, 1566 Abs. 1 BGB vorgegangen wird.

## 2. Organisation

Die Organisation des Anwaltsbüros muss daher darauf ausgerichtet sein, Doppelmandate zu vermeiden. Empfohlen wird dabei die Führung eines Unfalltagebuches.<sup>21</sup> Dabei werden in einem normalen Kalender unter dem Ereignisdatum sämtliche verfügbaren Informationen zu dem Unfalls eingetragen und mit einer entsprechend geführten Akte verknüpft.

Die Bedeutung der **Mandatsbestätigung** wird häufig unterschätzt. Dabei sind die Frage der Mandatsannahme und der Mandatsbeendigung zwei Punkte, zu denen Mandanten sich häufig äußern, dass sie von ihren Anwälten im Unklaren gelassen wurden. Beides ist auch eine Quelle von Ärgernissen für beide Seiten, Beschwerden und Regressen. Wichtig ist daher routinemäßig ein Schreiben an Mandant, dass das Mandat angenommen wurde und ein Schreiben über die Beendigung des Mandates.

### 2.1. Fingierte Unfälle:

Verstärkt muss der Anwalt sich auch bei der Annahme des Mandanten mit kritischen Fragen auseinandersetzen: Gestellte Unfälle sind zwar keinesfalls die Regel, Strafverteidiger können dem zivilrechtlich tätigen Kollegen jedoch bestätigen, dass sie immer mehr Aufträge in Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts des Versicherungsbetrugs erhalten. Die Strafsenate des Bundesgerichtshofs haben Kriterien entwickelt, die bereits bei einer relativ geringen Anzahl von Verkehrsunfällen, die alle auf Fahrfehler anderer Verkehrsteilnehmer beruhen, eine strafbare Unfallprovokation nahe legen. Werden mehrere Unfälle eines Mandanten innerhalb einer überschaubaren Frist abgewickelt, ist besondere Vorsicht geboten.

### 2.2. Korrespondenz mit Rechtsschutzversicherungen

Eingebürgert hat es sich, dass Rechtsanwälte für ihre Mandanten kostenlos bei der Rechtsschutzversicherung eine Deckungszusage einzuholen. Dies erscheint nicht nur unklug sondern auch riskant:

- **unklug**, weil die Versicherung, wenn sie direkt mit ihrem Versicherungsnehmer konfrontiert ist, eher geneigt ist Deckungszusagen zu erteilen als wenn sie nur mit einem Anwalt korrespondiert, der kein Kunde ist und auch für weitere Versicherungen nicht in Frage kommt.
- **Riskant** ist es aber auch, weil die Deckungsanfrage für den Anwalt eine regelrechte Gebührenfalle bedeutet. Der Anwalt wird sofort tätig, korrespondiert mit der Versicherung, die Versicherung lehnt eine Deckungszusage ab. Der Mandant beruft sich darauf,

---

<sup>21</sup> Gebhardt „Das verkehrsrechtliche Mandat“ Band 1 11.Auflage 2003, § 1 Rn. 4

dass der Anwalt entweder zugesichert hat, dass die Kosten der Rechtsschutzversicherung übernommen werden oder dass er den Auftrag unter der Bedingung einer Deckungszusage erteilt hat. Dieser Argumentation ist durch entsprechende Korrespondenz vorzubeugen. In dieser Korrespondenz muss ausdrücklich darauf hingewiesen werden, dass das Mandatsverhältnis allein mit dem Mandanten zustande kommt und damit auch die Zahlungspflicht zwischen Mandant und Anwalt entsteht.

### 2.3. Problem Nebenklage

Jeder Verletzter einer Körperverletzung hat das Recht sich als Nebenkläger im Strafverfahren anzuschließen. Als Nebenkläger kann er einen Vertreter mit der Wahrnehmung seiner Rechte beauftragen. Für Anwälte ist dies scheinbar leicht verdientes Geld: Sie erhalten die vollen Gebühren des RVG, ohne viel Arbeit zu haben. Die Ermittlungen führt der Staatsanwalt, die Hauptverhandlung leitet der Richter. Die Gebühren für die Nebenklage werden von der Rechtsschutzversicherung allerdings nicht übernommen! Wird der Mandant darüber aufgeklärt, dass er das Kostenrisiko einer Nebenklage trägt – sei es, dass es nicht zu einer Verurteilung kommt, sei es, dass der Angeklagte nicht leistungsfähig ist, wird er nur in Ausnahmefällen den Auftrag zu einer Nebenklage erteilen.

### 2.4. Fragenkatalog Bußgeldverfahren und Verkehrsstrafsachen

<b>1. Was ist passiert?</b>	umfassende Schilderung des der Beauftragung zugrunde liegenden Sachverhalts (Unfall/Polizeikontrolle/Strafanzeige etc.);	Nachfragen lohnt sich ebenso wie eine gehöriges Maß an Skepsis. Es muss festgestellt werden, dass viele Menschen ein Problem damit haben, vor sich selbst (und anderen) zuzugeben, dass sie einen Fehler gemacht haben. Dieses führt bei einer Sachverhaltschilderung sehr leicht zu (dem Mandanten angenehmen) Abwandlungen, Verdrehungen des Sachverhalts und Beschönigungen. Es ist auch Aufgabe des Rechtsanwaltes als Verteidiger, die Angaben des eigenen Mandanten zu
-----------------------------	--	--

		überprüfen, zu filtern.
2. <b>Welches Verfahrensstadium?</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- polizeiliches Ermittlungsverfahren;</li> <li>- staatsanwaltschaftliches Ermittlungsverfahren;</li> <li>- gerichtliches Verfahren;</li> <li>- gibt es schon einen Strafbefehl oder Bußgeldbescheid (falls Ja: wann wurde dieser zugestellt?).</li> </ul> <p><b>Nebenfolgen</b> weitere (strafrechtliche) Folgen, insbesondere bezüglich des Führerscheins</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Entziehung der Fahrerlaubnis durch Beschluss gemäß § 111a StPO,</li> <li>- Beschlagnahme des Führerscheins durch die Polizei,</li> <li>- freiwillige Herausgabe des Führerscheins durch den Mandanten.</li> </ul> <p><b>Vorstrafen</b> Ein Strafbefehl wird oft von den Betroffenen nicht als Vorstrafe gewertet</p>	
3. Prüfung, ob bei Übernahme des Mandates ein <b>Konflikt</b> besteht, falls nein:		
4. <b>Mandatsvereinbarung</b>	Vertrag abschließen (und vom Mandanten unterschreiben lassen)	
5. Umfassende schriftliche <b>Vollmacht</b> erteilen lassen	Die Vollmacht sollte insbesondere die Befugnis zur Vertretung im Falle der Abwesenheit in einer Hauptverhandlung umfassen, eine Vollmacht zur Entgegennahme von Schriftstücken, sollte jedoch nur erteilt werden (und damit Bestandteil der Vollmacht sein), wenn der Anwalt sicher weiß, dass er den Mandanten jederzeit erreichen kann (und ihm von den Schriftstücken auch Mitteilung machen kann). Unter Vorlage der entsprechenden Vollmacht sollte sich der Anwalt dann schnellstmöglich bei Behörden, Polizei oder Gericht legitimieren (damit man dort überhaupt	

	<p>von seiner Existenz weiß und ihn ggf. dann von den jeweiligen Maßnahmen unterrichtet). Auf eine Ladungsvollmacht sollte der Anwalt verzichten</p>	
<p>5. Welche <b>Beweismittel</b> stehen zur Verfügung?</p>	<p><b>Zeugen</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Zeugen im eigenen Lager,</li> <li>- Zeugen im gegnerischen Lager (z. B. Beifahrer des Unfallgegners),</li> <li>- Polizeibeamte,</li> <li>- weitgehend neutrale Zeugen.</li> </ul> <p><b>Besonderheiten</b>, Auffälligkeiten</p> <p>Nicht jeder Fall ist so, wie es auf Anhieb scheint. Es ist stets, beim Mandanten nachzufragen, ob es irgendwelche Besonderheiten oder Auffälligkeiten gibt</p> <p><b>Spuren</b></p> <p>a) Spuren oder Beschädigungen am eigenen Fahrzeug, an fremden Fahrzeugen</p> <p>b) <b>Spuren am Unfallort</b> oder am Ort des Geschehens</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Bremsspuren,</li> <li>- Splitterfelder,</li> <li>- Blutspuren,</li> <li>- Kratz- oder Schleifspuren,</li> <li>- Beschädigungen an Häusern, Zäunen, Bäumen, Büschen etc.</li> </ul>	<p>Die meisten Spuren können sehr schnell verloren gehen, wenn sie nicht unverzüglich gesichert werden. Dies führt zu einem unwiederbringlichen Beweisverlust, zugunsten, möglicherweise aber auch zulasten des Mandanten. Es ist zumindest vorstellbar, dass die Polizei keine richtige Lust hat, einen Unfall vollständig und ordnungsgemäß aufzunehmen (schlechtes Wetter, Unfall zur Nachtzeit, Schichtwechsel steht an), häufig ist sie jedoch überhaupt nicht in der Lage zu einer ordnungsgemäßen Unfallaufnahme, die eine entsprechende Ausbildung und Schulung erfordert; im übrigen fehlt vielfach die erforderliche technische Ausrüstung (und sei es auch nur ein Foto-Apparat). Ein erfahrener technischer Sachverständiger vermag aus kleinsten Details Rückschlüsse auf Unfallursache, Unfallhergang, Geschwindigkeiten, Reaktionszeiten usw. zu ziehen, den kompletten Unfall zu rekonstruieren (Unfall-</p>

		Rekonstruktions- Gutachten).
6. Endgültige <b>Verfahrensziele</b>	Einstellung des Verfahrens, Einstellung des Verfahrens ohne Auflagen, Einstellung des Verfahrens mit Auflagen, Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens bzw. Ablehnung des Erlasses eines Strafbefehls, Freispruch, mildes Urteil bzw. vergleichbarer Strafbefehl, Zeitgewinn durch Verzögerung des Verfahrens, Steuerung der Rechtskraftwirkung durch Einlegung eines Rechtsmittels oder Verzicht auf Rechtsmittel	Hier ist im Rahmen der Beratung des Mandanten darauf zu achten, dass nichts tatsächlich Unmögliches versprochen wird. Der Anwalt, der schon im Vorfeld einen Freispruch als sicher „in den Raum stellt“, wird nach erfolgter Verurteilung durch das Gericht mit einem äußerst unzufriedenen Mandanten konfrontiert sein.

2.6. Wichtig ist auch, dass der Anwalt sich schon bei der Annahme eines Mandates Gedanken macht zur **Beweissicherung**:

#### Beispielsfälle für **Mängel der Beweissicherung**

Wird ein über die **Straße laufender Fußgänger** von einem Pkw erfasst und aufgeladen, schleifen hierbei die Sohlen der Schuhe bzw. die Kanten der Sohle über den Asphalt und hinterlassen (schwache) schwarze Schleifspuren. Damit steht die Kollisionsstelle unverrückbar fest, wenn man

- weiß, dass es solche Spuren geben kann,
- intensiv nach diesen Spuren sucht und
- sie sogleich sichert (nur kurze Zeit später können sie verwischt sein).

An der **Verformung der Glühwendel** einer Glühbirne vermag ein Sachverständiger festzustellen, ob die betreffende Beleuchtungseinrichtung zum Unfallzeitpunkt in Funktion war (oder nicht). Hier zu muss die entsprechende Glühbirne jedoch umgehend gesichert werden!

Es gibt zwischenzeitlich Geräte, mit denen man **Beleuchtungssituation** zur Nachtzeit genau messen, analysieren und damit rekonstruieren kann. Dies kann bei Dunkelheitsunfällen eine entscheidende Hilfe sein.  
Zu beachten ist auch hier, dass sich die Beleuchtungssituation durchaus kurzfristig ändern kann (z.B. wird eine Baustelle aufgehoben und die Beleuchtung / Beschilderung abgebaut).

Zumindest die Spuren am Fahrzeug des Mandanten sollten vor einer Reparatur fotografisch gesichert werden (Fotos aus mehreren Blickwinkeln!).

Im Übrigen lohnt es sich auch, den Mandanten zu bitten, die Unfallstelle zu fotografieren - im Zweifel kennen Staatsanwalt und Richter die genaue örtliche Situation nicht.

### 3. Anwaltliche Strategien im Ermittlungsverfahren

Der **Verteidiger** hat etliche Möglichkeiten, bereits tätig zu werden, **bevor** ein konkretes Ermittlungsverfahren gegen eine bestimmte natürliche Person bei der Staatsanwaltschaft eingeleitet wurde:

- Kontaktaufnahme nach Unfallflucht
- Nach einem Verkehrsunfall
- Im Zusammenhang mit einer Beratung
- Vor einer Identifizierung des Fahrers

Ziel anwaltlicher Tätigkeit in diesen Situationen muss es sein, soweit möglich, die **Einleitung** eines staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens zu **vermeiden** oder, wenn es nicht zu vermeiden ist, die **Betroffenen** darauf **vorzubereiten**. **Strategien zur Vermeidung einer Strafanzeige** können frühzeitig ergriffen werden: Kontakt mit Geschädigten.

Ist vorhersehbar, dass es zu einem Ermittlungsverfahren kommen wird, so kann der Verteidiger **gestaltend eingreifen**, zum Beispiel um eine Einstellung nach § 153 bzw. § 153a StPO vorzubereiten. Bei Unfällen kommt auch ein „Absehen von Strafe“ oder eine Verwarnung mit Strafvorbehalt in Betracht (§§ 59, 60 StGB).

#### 3.1. Durchsuchungen

##### 3.1.1. Aufgaben des Verteidigers

Erfährt der Verteidiger zufällig von einer bevorstehenden Durchsuchung, so ist er **berechtigt**, seinen **Mandanten** hiervon zu **unterrichten** und auf die Durchsuchung vorzubereiten. Nicht gestattet ist ihm jedoch, Staatsanwalt oder Polizeibeamten gezielt auszuforschen, um dem Mandanten zu ermöglichen, Beweismittel beiseite zu schaffen. Erhält er jedoch auf legale Art und Weise - zum Beispiel durch Akteneinsicht oder durch Gespräche, die er bei der Staatsanwaltschaft zufällig mithört - Kenntnis von der bevorstehenden Aktion, so ist er in der Regel sogar verpflichtet, seinen Mandanten im Hinblick auf das Kommende zu beraten.

Häufig werden **Strafverteidiger** jedoch **erst hinzugezogen**, wenn Ermittlungen längst laufen und beispielsweise **Ermittlungspersonen zum Zwecke einer Durchsuchung oder Identifizierung erscheinen**. Scheinen die Möglichkeiten des Verteidigers im Fall einer Durchsuchung auch gering zu sein, so ist es dennoch wichtig, dem Mandanten während solcher Aktionen **beratend (und beruhigend) zur Seite zu stehen**. Da gemäß § 33 Abs 4 StPO der Betroffene einer Durchsuchung nicht vor der Entscheidung anzuhören ist, weil der Untersuchungszweck gefährdet werden könnte, gilt es in der Beratung eine Durchsuchung zu antizipieren: Dies eröffnet die Chance, eine Durchsuchung zu vermeiden, indem zum Beispiel der Staatsanwaltschaft die **freiwillige Herausgabe** benötigter Unterlagen angeboten wird.

Ist der Verteidiger bei der Durchsuchung anwesend, so muss er zuerst prüfen, ob die Durchsuchung auf Grund einer **richterlichen Anordnung** erfolgt oder ob die Ermittlungsbehörde "**Gefahr im Verzug**" angenommen hat. In diesem Falle hat der Verteidiger die Pflicht, unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BVerfG, die Voraussetzungen der angenommenen "Gefahr im Verzug" zu prüfen. Er hat Kontakt aufzunehmen mit dem leitenden Ermittlungspersonen, um von ihm zu erfahren, welche Gründe für die Durchsuchung und insbesondere für die Annahme von "Gefahr im Verzug" sprechen und was das Ziel der Durchsuchung ist. Sollte die Verteidigung auf ihre Fragen keine Antwort erhalten, was nicht selten der Fall sein wird, so muss sie sofort versuchen, den zuständigen Richter (zur Not auch den verantwortlichen Staatsanwalt) zu erreichen, um eine telefonische Entscheidung über diese Maßnahmen zu erreichen – oder zumindest die Gründe für die Maßnahmen von dem Richter oder Staatsanwalt zu erfahren.

Wesentliche Aufgabe des Verteidigers bei einer laufenden Durchsuchung ist es, dem Mandanten zur Seite zu stehen. Der Anwalt muss den Mandanten beruhigen und insbesondere darauf hinwirken, dass er einerseits **keine unbedachten Äußerungen** von sich gibt und andererseits **unvernünftige Handlungen unterlässt**. Er ist insbesondere darüber zu belehren, dass die Beamten nach der Durchsuchung auch Vermerke über **beiläufige Gespräche** machen werden, die als Angaben der Beteiligten in dem Ermittlungsverfahren verwertet werden, auch wenn diese Bemerkungen im nachhinein von dem Betroffenen nicht autorisiert werden.

Auch in diesen angespannten Situationen muss der Verteidiger mit dem Mandanten erörtern, ob die Möglichkeit besteht, die Durchsuchung durch freiwillige Herausgabe bestimmter Unterlagen abzukürzen. Dies hat nicht nur den Vorteil, dass das Verfahren zeitlich beschränkt werden kann, dadurch kann unter Umständen auch **vermieden** werden, das als "**Zufallsfunde**" weitere Unterlagen und Gegenstände beschlagnahmt werden, die über das ursprünglich Gesuchte weit hinausgehen können. Es gibt in der Praxis zahlreiche Fälle, in denen die Staatsanwaltschaft das Ermittlungsverfahren, in dem die Durchsuchung durchgeführt wurde, später gem. § 170 Abs 2 StPO oder § 154 StPO einstellte und nur noch ein Ermittlungsverfahren auf Grund der „Zufallsfunde“ weiter betrieb, das dann zu einer erheblichen Verurteilung führte.

### 3.1.2. Durchsicht von Dokumenten

§ 110 StPO wurde durch das 1. JModG<sup>22</sup> dahingehend geändert, dass die Durchsicht von Dokumenten (der wir bislang immer widersprochen hat) auch auf Anordnung der Staatsanwaltschaft den Ermittlungspersonen gestattet ist. Die Durchsicht von aufgefundenen Papieren bei dem Betroffenen dient der Entscheidung, ob ihre Beschlagnahme angeordnet und herbeigeführt werden soll. Da die Polizei oft spezialisierte Beamte hat, die auch in der Lage sind, Datenbestände auf Computern und anderen

---

<sup>22</sup> JModG v. 24.8.2004, BGBl. I, 2198

Datenträgern zu sichten, besteht die Möglichkeit, dass jetzt die Staatsanwaltschaft ihre Ermittlungspersonen bevollmächtigt solche Sichtungen vorzunehmen.

Eine **Durchsicht der Papiere**. Zu den Papieren zählen auch technische Aufzeichnungen wie Disketten, Magnetbänder, CD-ROMs und Festplatten, die gesamte EDV-Anlage und auch Fotos und Filme sowie Tonträger.

### 3.1.3. Die Anordnung der Durchsuchung und „Gefahr im Verzug“

Die von den Ermittlungsbehörden extensiv ausgelegte Möglichkeit der Annahme einer **„Gefahr im Verzug“** wurde vom BVerfG erheblich reduziert. Seit dieser Entscheidung neigen auch Instanzgerichte dazu, auf Antrag nachträglich festzustellen, dass die Durchsuchungsanordnung der Staatsanwaltschaft oder ihrer Ermittlungspersonen den Betroffenen in seinen Rechten verletzte, d.h., die Annahme von „Gefahr im Verzug“ rechtswidrig war.

Das BVerfG hat in den letzten Jahren auch die Anforderungen an richterliche **Durchsuchungsanordnungen** wesentlich erhöht. Die Durchsuchungsanordnungen müssen **ausreichend konkretisiert** werden, aus der gerichtlichen Entscheidung muss sich der Tatverdacht, der Durchsuchungszweck und das Durchsuchungsziel ergeben und es muss erkennbar sein, dass das Gericht sich mit der Verhältnismäßigkeit der Durchsuchung auseinandergesetzt hat. Soweit Ziel der Durchsuchungen das Auffinden von Beweismitteln ist, sind die möglichen Beweismittel möglichst genau zu bezeichnen.

### 3.1.4. Rechtsmittel bei Durchsuchungen

Gegen die Erfordernisse der Konkretisierung im Durchsuchungsbeschluss und gegen die Anforderungen an die Voraussetzungen einer „Gefahr im Verzug“ wird in der Praxis häufig verstoßen. Der Verteidiger hat in zahlreichen Verfahren Ansatzpunkte für **Beschwerden und Anträge auf gerichtliche Entscheidung**. In der Regel ist es jedoch nicht möglich, im Laufe einer Durchsuchung erfolgreich Rechtsmittel einzulegen: der Betroffene und sein Verteidiger werden gar keine Zeit haben, eine Beschwerde zu formulieren, diese Beschwerde einem Richter zu präsentieren, der dann noch bereit ist, möglicherweise ohne dass ihm die Akten vorliegen, über den Vorgang zu entscheiden.

Ein **Rechtsmittel** gegen die Durchsuchung - im Falle der Durchsuchung wegen „Gefahr im Verzug“ der Antrag auf gerichtliche Entscheidung - ist auch **nach Beendigung der Durchsuchung** noch möglich, selbst wenn es nicht zur Beschlagnahme von Unterlagen gekommen ist. Bei der Entscheidung, ob ein Rechtsmittel eingelegt werden soll, müssen die Beteiligten mehrere Aspekte berücksichtigen: Rechtsmittel führen unter Umständen zu einer Verzögerung des Verfahrens. Nicht nur wenn sich einer der Beteiligten in Untersuchungshaft befindet, sondern auch bei der Abwicklung eines Geschäftsbetriebes kann dies als sehr unangenehm

empfunden werden. Durch die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der richterlichen Anordnung wird außerdem die **Verjährung unterbrochen**. Darüber hinaus kann es geschehen, dass in einem Ermittlungsverfahren, das sich noch nicht gegen eine bestimmte Person richtete, weil es in dem Beschluss zum Beispiel heißt „Ermittlungsverfahren gegen Verantwortliche der Firma XYZ“, durch die Beschwerdeentscheidung, möglicherweise durch Erkenntnisse, die bei der Durchsuchung gewonnen wurden, konkretisiert wird, wer Beschuldigter ist, mit der Folge, dass durch die Beschwerdeentscheidung sogar erstmals eine Verjährungsunterbrechung eintritt.

Auf der anderen Seite hat insbesondere der Verteidiger ein Interesse daran, krasse Verstöße gegen die Regeln der StPO von **Gerichten überprüfen** zu lassen, u.a. auch um in einem eventuellen späteren Strafprozess ein **Verwertungsverbot** über unrechtmäßig erlangtes Wissen geltend machen zu können. Eine Beschwerdeentscheidung im Ermittlungsverfahren wird dann die Argumentation in der Hauptverhandlung erleichtern. Allerdings weigert sich die Rechtsprechung bislang, ein generelles Verwertungsverbot zum Beispiel für durch unrechtmäßige Durchsuchungen erlangte Dokumente anzuerkennen.

### 3.2. Untersuchungshaft

"Flucht- und Verdunkelungsgefahr". Verlangt das Gesetz noch die Darlegung **bestimmter Tatsachen** für die Annahme einer Fluchtgefahr oder Verdunkelungsgefahr, so wird in der Praxis häufig mit pauschalen Bemerkungen und dem Blick auf zu erwartende hohe Strafen Fluchtgefahr angenommen bzw. Verdunkelungsgefahr begründet mit der "Eigenart der Delikte, die von vornherein auf Verdunkelung angelegt sind", um so die Geständnisbereitschaft zu fördern. In Verkehrssachen sind meist Wiederholungstäter oder ausländische Beschuldigte von Untersuchungshaft betroffen.

Aber auch in Fällen der Untersuchungshaft ist die Frage von **Rechtsmitteln** sorgfältig zu **prüfen** und alle Aspekte sind **genau abzuwägen**. Der Verteidiger muss dabei auch den Druck aushalten, der auf ihn vom Beschuldigten und vom Staatsanwalt ausgeübt wird: viele Mandanten sind bereit, gerade in den ersten Tagen einer Untersuchungshaft alles zu unternehmen, um eine vorläufige Entlassung zu erreichen. Staatsanwälte signalisieren, dass ein umfassendes Geständnis, insbesondere wenn darin die Rolle Mitbeschuldigter geschildert wird, eine Haftverschonung fördern kann.

### 3.3. Beschuldigte und Zeugen und andere Beteiligte

#### 3.3.1. Der Zeuge

Manchmal ist die **Abgrenzung** zwischen Beschuldigten, Beteiligten, Mittätern, Gehilfen und angestellten Zeugen schwierig und unübersichtlich. Eine der vordringlichen Aufgaben des Verteidigers ist es, die Situation des Mandanten in Ermittlungsverfahren herauszuarbeiten.

Der Verteidiger muss dabei auch darauf achten, dass gem. **§ 146 StPO** die Verteidigung mehrerer Beschuldigter durch denselben Anwalt in einem einheitlichen Verfahren unzulässig ist. Der Verteidiger kann mithin nicht für den im selben Verfahren beschuldigten Fahrer sowie den ebenfalls beschuldigten Halter die Verteidigung übernehmen. Dieses Vertretungsverbot gilt jedoch noch nicht für das "Anbahnungsgespräch": Anbahnung ist noch nicht Verteidigung.

Nach der neueren Rechtsprechung des BGH ist es dem Verteidiger nicht mehr grundsätzlich möglich, im Laufe eines Verfahrens ein Mandat niederzulegen, um eine andere Verteidigung im selben Ermittlungsverfahren zu übernehmen. Das gleiche Problem kann auch bei der sukzessiven Verteidigung mehrerer Beschuldigter wegen desselben Vorwurfs entstehen. Verboten ist stets die gleichzeitige Verteidigung mehrerer Beschuldigter durch denselben Verteidiger. Eine Sozietät ist nicht gehindert, mehrere Beschuldigte im selben Verfahren und gleichzeitig zu verteidigen. Allerdings muss eindeutig klargelegt werden, welcher Anwalt der Sozietät individuell das jeweilige Mandat übernommen hat.

Das Verbot des §§ 146 StPO bezieht sich aber allein auf die Verteidigung - nicht erfasst wird die Vertretung eines Zeugen in Form eines **Zeugenbeistands**. Ein Rechtsanwalt ist nicht gehindert, mehrere Zeugen in demselben Ermittlungsverfahren zu vertreten, er ist nicht einmal gehindert, einen Beschuldigten und einen Zeugen im selben Verfahren zu vertreten bzw. zu verteidigen.

### 3.3.2. Der Zeugenbeistand

Es ist kein Zufall, dass die Frage des **Zeugenbeistands** im Strafverfahren vom BVerfG geklärt werden musste. Bei der Vertretung von Zeugen als **Zeugenbeistand** muss die Verteidigung sich häufig mit den Problemen des **§ 55 StPO** auseinandersetzen. Der Beistand bei polizeilichen Vernehmungen ist nicht problematisch, da es eine Verpflichtung für Zeugen, bei der Polizei auszusagen, nicht gibt. Zu Auseinandersetzungen über die Reichweite des § 55 StPO kommt es aber immer wieder bei staatsanwaltschaftlichen Beweiserhebungen und Zeugenaussagen vor Gericht. Der Verteidiger muss aufgrund der gesamten Kenntnisse und Informationen genau die Situation des Mandanten und Zeugen analysieren. Dabei hat der Anwalt als Zeugenbeistand die gesamte Rechtsprechung zu § 55 StPO zu beachten. Schon in der Vorbereitung auf die Vernehmungen muss die Verteidigung sich mit dem Mandanten darüber klar werden, ob nach Möglichkeit insgesamt die Aussage verweigert werden soll. In diesem Falle muss der Anwalt sich darauf vorbereiten, dass es zu Auseinandersetzungen über den Umfang des Auskunftsverweigerungsrechtes kommt und unter welchen Voraussetzungen des Recht, auf einzelne Fragen nicht zu antworten, zu einem Recht erstarkt, die Aussage insgesamt zu verweigern.

Das **Auskunftsverweigerungsrecht** des § 55 StPO, das lediglich ein partielles Aussageverweigerungsrecht beinhaltet, kann nämlich in zahlreichen Fällen zur Berechtigung des Zeugen führen, die **Aussage** in einem Strafverfahren **insgesamt zu verweigern**. Ist der Zeuge zum Beispiel in einem gesonderten Strafverfahren Mitbeschuldigter und wurde das Verfahren nur aus technischen oder taktischen Gründen von der Staatsanwaltschaft oder dem Gericht abgetrennt, so wird das Auskunftsverweigerungsrecht praktisch zum Recht, die Aussage in vollem Umfange zu verweigern.

Das **Auskunftsverweigerungsrecht entfällt nicht** schon mit Einstellung des Ermittlungsverfahren gegen den Zeugen gem. § 170 Abs 2 StPO, denn diese Einstellung weist keinerlei Sperrwirkung für künftige Verfahren auf, das Ermittlungsverfahren kann ohne weiteres wieder aufgenommen werden. Auch eine Erledigung des bisherigen Strafverfahrens durch Einstellung nach § 153 StPO schließt ein Auskunftsverweigerungsrecht nicht aus, da es beim Vorlegen neuer Tatsachen i.S. des § 211 StPO ohne weiteres wieder aufgenommen werden kann. Selbst ein Freispruch des Zeugen schließt ein Auskunftsverweigerungsrecht nicht aus, da nach § 362 Nr. 4 StPO die Wiederaufnahme zu Ungunsten eines Angeklagten möglich ist, wenn ein richterliches Geständnis des Angeklagten vorliegt.

Für den Umfang des Auskunftsverweigerungsrecht ist immer noch maßgebend, was der BGH griffig so zusammenfasste: „Der Zeuge kann gem. § 55 StPO die Beantwortung aller Fragen verweigern, durch deren wahrheitsgemäße Beantwortung zwar alleine eine Strafverfolgung nicht zu befürchten ist, die aber als ein Teilstück in einem mosaikartigen Beweisgebäude anzusehen sind und demzufolge zur Belastung des Zeugen beitragen können.“

Beabsichtigt die Verteidigung einen Zeugen in der Hauptverhandlung als Zeugenbeistand zu begleiten, so ist es ratsam, dies dem **Vorsitzenden rechtzeitig mitzuteilen**. So kann versucht werden, auch den zeitlichen Aufwand in erträglichen Grenzen zu halten. Die Verteidigung hat so auch die Möglichkeit, bereits im Vorfeld auf vorhersehbare Probleme hinzuweisen. Sollte ihre eigene Positionen und Auffassung zu vorhersehbaren Diskussionen führen, kann der Verteidiger seine Position mit einem ausführlichen Schriftsatz vorbereiten.

### 3.3.3. Berufsgeheimnisträger

In Betrugsverfahren nach Unfällen besteht für die Staatsanwaltschaft häufig ein Interesse daran, dass auch **Rechtsanwälte**, die bislang in der Unfallregulierung tätig waren **Auskunft** über ihr Wissen **geben**. Diese sind jedoch in der Regel zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt und verpflichtet (§ 53 StPO, § 203 StGB). Diese Berater sind nur verpflichtet auszusagen, wenn sie von ihrer **Verschwiegenheitsverpflichtung entbunden** werden.

Zur Entbindung von der Schweigeverpflichtung ist nur der Berechtigte/Begünstigte berechtigt; sind mehrere gesetzlich geschützt,

müssen alle mit der Entbindung von der Schweigeverpflichtung einverstanden sein.

#### 3.3.4. Der Sachverständige

Aufgabe der Verteidigung ist es, zu prüfen, ob der Sachverständige seine **Kompetenzen** und seine **Beauftragung überschritten** hat. Hierbei muss sich die Verteidigung stets darüber klar sein, dass die Feststellung der Tatbestandsvoraussetzungen allein Aufgabe des Gerichts ist. Lediglich zur Bewertung der diese Tatbestandsmerkmale ausfüllenden Tatsachen kann sich das Gericht der Hilfe eines Sachverständigen bedienen.

Aufgabe der Verteidigung ist es daher, schon bei der Beauftragung des Sachverständigen darauf hinzuwirken, dass dieser lediglich seine Sachkunde einsetzt und nicht rechtliche Bewertungen vornimmt. Das ideale Gutachten kommt völlig ohne den Gebrauch rechtlicher Termini aus - der Gebrauch des Gesetzestextes, insbesondere in der Zusammenfassung, legt eine Überschreitung der Aufgaben und der Kompetenz des Sachverständigen nahe. Formulierungen und Schlussfolgerungen wie: „Damit liegen die Voraussetzungen der Schuldfähigkeit eindeutig nicht vor“ stehen dem Sachverständigen nicht zu, gerade diese Feststellung ist Aufgabe des erkennenden Richters! Aufgabe der Verteidigung ist es weiter, auch auf Nebentöne im Gutachten und den mündlichen Ausführungen in der Hauptverhandlung zu achten.

#### 3.3.5. Die Ablehnung des Sachverständigen wegen der Besorgnis der Befangenheit

Eine Ablehnung des Sachverständigen ist erst möglich, wenn das Verfahren gerichtlich anhängig ist und der abgelehnte Sachverständige zum gerichtlichen Sachverständigen ernannt wurde. Eine Ablehnung im Ermittlungsverfahren ist nicht vorgesehen.

Ist der Sachverständige erfolgreich wegen Besorgnis der Befangenheit **abgelehnt**, so kann er jedoch als **Zeuge** gehört werden. Allerdings darf der Sachverständige das Gutachten nicht mehr als sachverständiger Zeuge erstatten und das Gutachten darf auch nicht von einem anderen Sachverständigen vorgetragen werden, auch nicht, wenn dieser sich die Schlussfolgerungen des abgelehnten Sachverständigen zu Eigen macht. Der abgelehnte Sachverständige darf als Zeuge - auch als sachverständiger Zeuge - lediglich über Tatsachen gehört werden, die er selbst wahr genommen hat. Dabei kann er auch zu Befundtatsachen, die er zur Vorbereitung seines Gutachtens erhoben hat, Angaben machen. An diese Befundtatsachen kann dann ein anderer Sachverständiger anknüpfen und diese Beobachtungen in seinem Gutachten verwerten – allerdings darf der neue Sachverständige sich nicht auf die Schlussfolgerungen und auf die Sachkunde des erfolgreich abgelehnten Sachverständigen beziehen.

#### 3.3.6. Die Vereidigung

Die Vereidigungsvorschriften wurden durch das 1. JModG erheblich geändert. Nicht geändert wurde § 60 StPO mit den Vereidigungsverboten. Einen Eid verweigern kann in Zukunft nur noch der Angehörige nach § 52 Abs. 1 StPO. Eine Vereidigung soll in Zukunft stattfinden „wenn es das Gericht wegen der ausschlaggebenden Bedeutung der Aussage oder zur Herbeiführung einer Verfahrensaussage nach seinem Ermessen für notwendig hält (§ 59StPO)“.

Dies entspricht der bisherigen Regelungen im Ordnungswidrigkeitenrecht. Im OWiG ist diese Regelung jetzt gestrichen worden. Dies bedeutet aber für Verfahren in Bußgeldverfahren keine Rechtsänderung, da die §§ 49 ff StPO über § 46 OWiG für das Verfahren über Ordnungswidrigkeiten gelten.

Die Neuregelung hat für unsere Tätigkeit erhebliche Auswirkungen und erfordert noch mehr als bisher ein aktives Handeln des Verteidigers. Dabei hat der Gesetzgeber die Bedeutung des Eides in dem Strafprozess den Bedürfnissen schwacher Richter angepasst: Es sollen diesen Richtern erleichtert werden, revisionssichere Urteile zu schreiben. Das ist aber ein Punkt bei dem engagierte Verteidiger nicht nachgeben dürfen. Fehlerhafte Urteile müssen wir mit den uns zur Verfügung stehenden Mitteln verhindern bzw. unseren Finger in diese Wunden legen.

**Konsequenz für den Verteidiger:** Nach der Vernehmung eines jeden Zeugen muss der Verteidiger genau überlegen, ob es erforderlich ist die Vereidigung des Zeugen zu beantragen. Eine fehlerhafte Entscheidung des Vorsitzenden über die Nichtvereidigung kann in der Revision nur gerügt werden, wenn bei Ablehnung der Vereidigung durch des Vorsitzenden die Herbeiführung eines Gerichtsbeschlusses beantragt wird. Dies ist auch im Falle der Verhandlungsführung durch einen Einzelrichter notwendig.

Ich gehe davon aus, dass die Richter in der Übergangszeit in ihrer Entscheidung lediglich den Wortlaut des Gesetzes wiedergeben. Dies ist aber bei der Ausübung eines Ermessens fehlerhaft. Insbesondere wird es fehlerhaft sein, bei Belastungszeugen von einer Vereidigung abzusehen. Hierzu zählen auch in den meisten Fällen die Polizeibeamten. Wichtig ist die Vereidigung, weil die Regeln über die Wiederaufnahme nicht geändert wurden. Der Verteidiger muss bei einer Verfügung des Vorsitzenden einen Berichtsbeschluss beantragen, weil nur in diesen Fällen die Entscheidung des Vorsitzenden revisibel ist. Ich bitte daher darauf zu achten, dass in jedem Fall dieser Antrag gestellt wird und konsequent auch dokumentiert wird). In der Zwischenzeit sind zahlreiche Richter durchaus dazu übergegangen, die Akteneinsicht hinauszuzögern, so dass eine ordnungsgemäße Revisionsrechtfertigung nicht möglich ist.

#### 4. Der Verteidiger

##### 4.1. Strategische Überlegungen

Eine **besondere Verantwortung** hat natürlich der **Verteidiger** aufgrund seiner Position, seiner Erfahrung sowie seiner Stellung im Verfahren. Er muss maßgeblich die **Verteidigungsstrategie** - zur Not auch gegen den Wunsch des Mandanten - bestimmen. Dabei ist es nicht nur seine Aufgabe, die Frage von Rechtsbehelfen im Ermittlungsverfahren abzuwägen und zu entscheiden, auch die Frage der Einlassung und der Form der Einlassung obliegt ihm.

Schon bald hat der Verteidiger die Entscheidung zu treffen, ob bereits **im Ermittlungsverfahren eine Einlassung** des Beschuldigten zur Sache erfolgen soll. Diese Frage ist sehr sorgfältig zu prüfen und in der Regel zurückhaltend zu beantworten: Einlassungen, so sie einmal abgegeben werden, binden den Beschuldigten im ganzen Verfahren – und das nicht nur im eigenen Verfahren: auch seine eventuelle spätere Rolle als Zeuge wird maßgeblich durch die ersten Einlassungen bestimmt. Erklärungen des Beschuldigten, insbesondere wenn er anwaltlich vertreten ist, ohne Akteneinsicht stellen in der Regel einem Kunstfehler dar, da Waffengleichheit zwischen Ermittlungsbehörden und Verteidigung erst durch vollständige Akteneinsicht hergestellt werden kann.

Es ist aber noch **keine Einlassung** des Beschuldigten, wenn der Verteidiger **allgemeine Stellungnahmen** zu dem Ermittlungsverfahren abgibt oder **Beweisanträge** stellt.

Eine Einlassung des Beschuldigten kann schriftlich oder durch gesonderte Erklärung des Verteidigers erfolgen; sie muss allerdings dabei **ausdrücklich** als eine Einlassung des Beschuldigten bezeichnet und u.a. von dem Mandanten ausdrücklich **autorisiert** werden. Anerkannt ist aber, dass Erklärungen des Verteidigers zur Sache, etwa wenn er etwa namens des Angeklagten den Vorwurf der Anklage in vollem Umfange einräumt, als Einlassung des Angeklagten gewertet werden, wenn sie in Anwesenheit des Angeklagten verlesen werden und dieser nicht widerspricht. Allerdings sind Schriftsätze des Verteidigers, auch wenn darin eine Darstellung zum Anklagevorwurf enthalten ist, nicht als Urkunden zu Beweis Zwecken verlesbar.

Nach Auffassung des 3. Strafsenats des BGH (und des LG Bonn) ist die Einlassung des Angeklagten eine höchst persönliche Erklärung, bei der der Anklage sich nicht von seinem Verteidiger vertreten lassen kann. Es ist auch nicht möglich, dass die Erklärung verlesen wird, selbst wenn sie von dem Beschuldigten eigenhändig unterschrieben ist.

## 5. Verlesung von Urkunden

Die Verlesung von Urkunden (§ 251 StPO) über die Vernehmung von Zeugen, Sachverständigen oder Mitbeschuldigten wurde durch das 1. JModG<sup>23</sup> erheblich erleichtert. Die Verlesung soll grundsätzlich möglich sein, wenn die Prozessbeteiligten zustimmen, der Zeuge,

---

<sup>23</sup> JustizModG v. 24.8.2004, BGBl. I, 2198

Sachverständigen oder Mitbeschuldigte verstorben ist oder es nur um die Höhe eines Vermögensschadens geht.

Nach § 251 Abs. 1 StPO können künftig alle Vernehmungen, richterliche und nichtrichterliche verlesen werden. Nach Abs. 2 werden diese Verlesungsmöglichkeiten erweitert. Vermehrt verlesen werden können auch Protokolle und Vermerke über Routinevorgänge: Beschlagnahme, Spurensicherung, Durchführung einer Festnahme, Sicherstellungen etc. Nicht erfasst von dieser Regelung sind jedoch weiterhin die Vernehmungsprotokolle. Nicht verlesen werden können auch Vermerke und insbesondere Schlussberichte, soweit dort der Inhalt von Vernehmungen referiert wird.

**Achtung sehr kritisch** – hier muss mit Beweisanträgen gearbeitet werden. Die Vernehmung kann aber auch durch die Verlesung der Niederschrift ersetzt werden.

Wenn das Erscheinen des Zeugen wegen Krankheit, Gebrechlichkeit oder andere nicht zu beseitigende Hindernisse für längere oder ungewisse Zeit entgegensteht, dem Zeugen oder Sachverständigen (nicht Mitbeschuldigten!) das Erscheinen in der Hauptverhandlung wegen der großen Entfernung unter Berücksichtigung der Bedeutung der Aussage nicht zugemutet werden kann (und wieder alle mit der Verlesung einverstanden sind). Verlesen werden können auch Gutachten oder ein Zeugnis enthaltende Erklärungen öffentlicher Behörden, vereidigter Sachverständiger oder eines ärztlichen Dienstes. Ärztliche Atteste über Körperverletzung, die nicht zu den schweren Körperverletzungen gehören, ärztliche Berichte zur Entnahme von Blutproben, Gutachten über die Auswertung eines Fahrtenschreibers, Bestimmung der Blutgruppe, des Blutalkoholgehaltes einschließlich der Rückrechnung, Protokolle sowie in einer Urkunde enthaltene Erklärungen der Strafverfolgungsbehörde über Ermittlungshandlungen, soweit diese nicht eine Vernehmung zum Gegenstand haben (dies sollten Ermittlungsberichte des Sachbearbeiters einer Polizei sein. Dies ist äußerst kritisch, da diese oft nur den Akteninhalt zusammenfassen und nicht erkennen lassen, wer was gemacht und gesehen hat). Besonders Augenmerk wird auch darauf zu richten sein, ob eine Verlesung einer Vernehmung erfolgen soll oder nur ein Vermerk über eine Vernehmung.

## 6. Akteneinsicht

Neben dem Wissen und der Erfahrung des Mandanten sind die Erkenntnisse, die der Verteidiger aus der **Akteneinsicht** gewinnt, die **wichtigsten Arbeitsmittel** für die Entwicklung einer Verteidigungsstrategie. Es ist daher unabdingbar, dass der Verteidiger sich so früh wie möglich um Akteneinsicht bemüht und sich nicht von Standardschreiben davon abhalten lässt (wie zum Beispiel: "Akteneinsicht kann derzeit nicht gewährt werden, da die Akten versandt sind oder auf der Dienststelle oder zu Ermittlungszwecken benötigt werden.").

§ 147 Abs 1 StPO gewährt dem Verteidiger ein **Recht auf Akteneinsicht**.

Gleichwohl werden Verteidigern oft die Akten verweigert mit dem Hinweis auf Notwendigkeiten der Ermittlung oder der Gefährdung des Ermittlungszwecks. Hiermit darf der Verteidiger sich nicht zufrieden geben. Zum einen muss er darauf bestehen, dass ihm die Unterlagen gem. **§ 147 Abs 3 StPO jederzeit** und sofort überlassen werden; das sind die Niederschriften über die Vernehmung des Beschuldigten, richterliche Untersuchungshandlungen und richterliche Vernehmungen sowie die Gutachten von Sachverständigen. Zum anderen wird der Verteidiger prüfen, ob die Rechtsbehelfe des § 147 StPO genutzt werden können.

Wichtig ist auch, dass der Verteidiger vor einer eventuellen Anklage Akteneinsicht nimmt, um so gegebenenfalls noch **Einfluss auf die Entscheidung des Staatsanwaltes** nehmen zu können. Sobald der Staatsanwalt den Abschluss der Ermittlungen in den Akten vermerkt, kann die Einsicht des Verteidigers in die Ermittlungsakten nicht mehr beschränkt werden. Der Abschlussvermerk des § 169a StPO trennt das staatsanwaltschaftliche Verfahren in einen Ermittlung- und in einen Entschließungsteil. Schon wegen des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs ist dem Verteidiger vor einer endgültigen Entschließung der Staatsanwaltschaft zur Anklage, Akteneinsicht zu gewähren und ihm ein ausreichender Zeitraum zu belassen, in dem er Stellung zu dem bisherigen Ermittlungsergebnis nehmen kann. Die häufig anzutreffende Praxis von Staatsanwaltschaften, dem Verteidiger während des Ermittlungsverfahrens überhaupt keine Akteneinsicht zu gewähren, schließlich Anklage zu erheben und dem Verteidiger lediglich eine Nachricht zukommen zulassen, dass jetzt Anklage erhoben wurde und Akteneinsicht von dem zuständigen Richter gewährt wird, ist unzulässig und der Verteidiger hat dem mit Entschiedenheit vorzubeugen.

## 5. Verteidigung im Zwischenverfahren

Bieten die Ermittlungen genügenden Anlass zur Erhebung der öffentlichen Klage, so sieht das Gesetz als Regelfall vor, dass der Staatsanwalt Klage durch „Einreichung einer Anklageschrift“ bei dem zuständigen Gericht erhebt, verbunden mit dem Antrag, „das Hauptverfahren zu eröffnen“ (§§ 170 Abs 1, 199 Abs 2 StPO). Eine ordnungsgemäße Anklage ist zugleich ein unabdingbare Prozessvoraussetzung für das gerichtliche Verfahren. In dem sich dann anschließenden Zwischenverfahren prüft das Gericht, ob es diesem Antrag stattgibt (§§ 199 ff StPO). Nach § 201 StPO teilt der Vorsitzende des Gerichts die Anklageschrift dem Beschuldigten mit und fordert ihn zugleich auf, „innerhalb einer zu bestimmenden Frist zu erklären, ob er die Vornahme einzelner Beweiserhebungen vor der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens beantragen oder Einwendungen gegen die Eröffnung des Hauptverfahrens vorbringen wolle“.

Im Allgemeinen machen Angeschuldigte und Verteidiger von der Möglichkeit, im Zwischenverfahren durch Einwendungen und Beweisanträge auf die Meinungsbildung des Gericht Einfluss zu nehmen, zu wenig Gebrauch. Dies mag daran liegen, dass die Erfolgchancen

scheinbar denkbar gering sind. In Strafsachen gewinnt man den Eindruck, dass die Eröffnung des Hauptverfahrens mit Anklageerhebung beschlossene Sache ist, der formularmäßige Vordruck für die Eröffnungsentscheidung gewissermaßen schon in der Schublade des Geschäftsstellenbeamten liegt.

Auch in Verkehrsstrafverfahren sollte der Verteidiger mit Hilfe seines Mandanten prüfen, ob es nicht geboten ist, eine Schutzschrift einzureichen. Nicht selten kann auf diese Weise erreicht werden, dass Anklagen nur mit Änderungen zur Hauptverhandlung zugelassen werden oder immer wieder einmal die Eröffnung des Hauptverfahrens ganz oder teilweise abgelehnt wird.

Ausgangspunkt ist natürlich die gewährte Frist zur Stellungnahme: ist sie ausreichend oder muss eine Verlängerung beantragt werden. In umfangreicheren Verfahren sind die Fristen oft zu kurz bemessen. Zwar handelt es sich bei der Frist in § 201 Abs 1 StPO nicht um eine Ausschlussfrist, nur durch eine Fristverlängerung kann aber sichergestellt werden, dass der Verteidigungsvortrag noch vor einer Abschlussentscheidung im Zwischenverfahren berücksichtigt werden kann. Außerdem muss zu Beginn des Zwischenverfahrens erneut **Akteneinsicht** beantragt werden. Die Kenntnis der vollständigen Abschlussverfügung der Staatsanwaltschaft einschließlich der Begleitverfügungen kann der Verteidigung wichtige Rückschlüsse über die von der Staatsanwaltschaft verfolgte Strategie vermitteln. Im Übrigen werden dem Verteidiger Ermittlungsergebnisse bekannt, die erst nach der letzten Akteneinsicht zu den Akten gelangt sind.

Möglichst frühzeitig kann der Verteidiger auch ein Gespräch mit dem Vorsitzenden des Gerichts suchen, um so möglicherweise wichtige Hinweise über die (vorläufige) Beurteilung der Sache durch das Gericht zu erhalten. Außerdem können Verteidigungsfragen besprochen werden. Andererseits wird auch der Vorsitzende einiges über die Strategie der Verteidiger erfahren wollen, um zu wissen, worauf er sich bei der weiteren Verfahrensplanung einzustellen hat. Hierin liegen Chancen und Risiken.

Eine Fristverlängerung sollte allerdings nur beantragt werden, wenn auch eine Stellungnahme abgegeben werden soll. Die Einreichung eines Schriftsatzes scheint dann wenig sinnvoll, wenn das Verfahren ohnehin mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eröffnet wird und eine Hauptverhandlung nicht zu vermeiden ist. Die Ausbreitung aller Verteidigungsargumente im Zwischenverfahren kann sich dann in der Hauptverhandlung nachteilig auswirken. Besteht aber eine realistische – wenn auch nur geringe – Chance, durch den Verteidigungsvortrag im Zwischenverfahren eine Eröffnung zu verhindern, sollte diese Chance genutzt werden. Der Verteidiger in Strafverfahren hat den Mandanten vor der Prangerwirkung der öffentlichen Hauptverhandlung mit allen zu Gebote stehenden Mitteln zu schützen. Hier sollte keine Gelegenheit versäumt werden.

## II. Vorbereitung der Hauptverhandlung

Für die Verteidigung im Hauptverfahren ist ein überzeugendes Agieren vor Gericht ebenso wichtig wie die eingehende und präzise Vorbereitung der Hauptverhandlung. Grundsätzlich gilt, dass das, was Verteidiger und Beschuldigter im Ermittlungsverfahren versäumt haben, in der Hauptverhandlung nur schwer repariert werden kann, aber dasjenige was in der Hauptverhandlung versäumt wird, vom Verteidiger in der Revision nicht mehr nachgeholt werden kann.

Zunächst sollte der Verteidiger vor der Hauptverhandlung nochmals **Akteneinsicht** nehmen, um sich über den aktuellen Verfahrensstand zu unterrichten. Dies gilt auch, wenn er zuletzt im Zwischenverfahren vollständige Einsicht erhielt und bis zum Beginn der Hauptverhandlung mehrere Wochen vergangen sind. Der Verteidiger kann sich nur dann richtig auf die jeweilige Verfahrenssituation einstellen, wenn er den Prozessstoff in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht beherrscht. Noch kurz vor Beginn der Hauptverhandlung gelangen oftmals wichtige Vorgänge zu den Akten, zum Beispiel Schreiben geladener Zeugen, die an einem persönlichen Erscheinen gehindert sind und sich schriftlich zum Beweisthema äußern. Der Verteidiger muss sicherstellen, dass er von solchen Vorgängen, die für das Verfahren entscheidend sein können, Kenntnis erhält.

Auch kann ein letzter Vorstoß gewagt werden, in einem persönlichen Gespräch mit dem Vorsitzenden doch noch das Verfahren außerhalb der Hauptverhandlung zu erledigen. Wenn auch die in Betracht kommenden Möglichkeiten bereits im Vor- und Zwischenverfahren angesprochen wurden, so bieten nicht selten neu hinzugetretene Ereignisse eine veränderte Sichtweise. So kann sich die Verfahrenssituation schlagartig wandeln, wenn der Dezernent der Staatsanwaltschaft, der intensiv in den Fall eingearbeitet ist, an der Teilnahme der Hauptverhandlung verhindert ist. Auch ein zivilrechtlicher Vergleich, der zu einer Wiedergutmachung des eingetretenen Schadens geführt hat, mag die Bereitschaft des Gerichts, eine lange Hauptverhandlung durchzuführen und durch Urteil abzuschließen, reduzieren. Die Möglichkeiten einer Verfahrenserledigung außerhalb einer Hauptverhandlung sollten daher auch nach der Eröffnung des Hauptverfahrens nicht aus den Augen verloren werden.

Bei mehreren Angeklagten kann es im Einzelfall, sofern noch nicht geschehen, angezeigt sein, zu den **Mitverteidigern** Kontakt aufzunehmen, gemeinsame Strategien bis hin zur Doppelverteidigung in Betracht zu ziehen. Oftmals ist schon der bloße Informationsaustausch gewinnbringend. Eine direkte Kontaktaufnahme zu verteidigten Mitangeklagten muss allerdings aus verschiedenen Gründen unterbleiben.

Mit dem Mandanten muss der Verteidiger klären, ob zur Unterstützung in der Hauptverhandlung ein Sachverständiger als interner Berater der Verteidigung notwendig und sinnvoll ist. Der Sachverständige ist dann Gehilfe der Verteidigung. Ihm steht zwar in der Hauptverhandlung kein Frage- und Erklärungsrecht zu. Das arbeitsteilige Zusammenwirken

zwischen Verteidiger und Sachverständigen bildet jedoch in Strafverfahren die Basis für eine erfolgreiche Teamarbeit.

### III. Verteidigungsstrategien in der Hauptverhandlung

1. Die Verteidigungsstrategie in der Hauptverhandlung ist in erster Linie vom **Verteidigungsziel** abhängig. Bezüglich dieses Verteidigungszieles muss zwischen dem Angeklagten und seinem Verteidiger Übereinstimmung herrschen. Es sollte ein Hauptziel angestrebt werden, sowie ein Neben- und Ersatzziel. Die Verteidigung kann auf einen **Freispruch** abzielen, sie kann aber auch mit dem Ziel geführt werden, ein für den Auftraggeber möglichst günstiges Strafmaß zu erreichen, zum Beispiel die Aussetzung einer Freiheitsstrafe auf **Bewährung**, die Darstellung einer günstigen Prognose im Falle einer Freiheitsstrafe ohne Bewährung, eine Geldstrafe, ein Strafvorbehalt. Anhand des gesamten Prozessstoffes hat der Verteidiger zu prüfen, welches Verteidigungsziel durchsetzbar und realistisch erscheint. Dies erfordert eine Prognose, die auch Risiken, Unwägbarkeiten und Begleitumstände des Prozesses zu berücksichtigen hat. Der Verteidiger muss seine Beurteilung und die darauf basierende Prognose mit dem Mandanten offen erörtern. Kommt der Verteidiger zu der Erkenntnis, dass das vom Auftraggeber gewünschte Verteidigungsziel bei lebensnaher Einschätzung nicht realisierbar ist, so hat er dies mit seinem Mandanten zu besprechen und mit der gebotenen Bestimmtheit auf die bestehenden Risiken hinzuweisen. Erweist sich der Mandant als unbelehrbar und ist keine Übereinstimmung zu erzielen, ist es meist sinnvoll, das Mandat niederzulegen. Der Verteidiger darf in der Hauptverhandlung unter keinen Umständen die Verantwortung für eine abwegige und nicht aussichtsreiche Verteidigungsstrategie übernehmen. Der mit dem Mandanten abgestimmten Definition des Verteidigungszieles kommt daher für den Erfolg der Verteidigung in der Hauptverhandlung eine grundlegende Bedeutung zu.

#### **Taktik der Verteidigung**

Von besonderer strategischer Bedeutung in der Hauptverhandlung ist die Frage, ob der **Mandant redet oder schweigt**. Mandanten in Strafverfahren haben zuweilen, besonders wenn der Vorwurf bestritten wird, das ausgeprägte Bedürfnis, umfassend in der Hauptverhandlung auszusagen, um das Gericht von ihrer Unschuld zu überzeugen. Auch hier ist die Überzeugungskraft des Verteidigers gefordert. Der Mandant muss wissen, dass er sich auf ein prozessuales Grundrecht beruft, wenn er in der Hauptverhandlung schweigt. Er darf nicht befürchten, dass ihm das Schweigen zum Nachteil gereicht. Die Risiken, die eine Aussage in der Hauptverhandlung mit sich bringen, die besondere psychologische Situation in der Hauptverhandlung, der Druck, der durch Fragen und Vorhalte ausgeübt werden kann, all dies ist ihm plastisch vor Augen zu führen. Die Risiken einer Einlassung des Mandanten wachsen proportional mit dem Umfang des Prozessstoffes. Je umfangreicher das Beweismaterial ist, umso größere Unabwägbarkeiten ergeben sich. Die Einlassung des Angeklagten ist ebenso irreversibel wie die Widersprüche und Unsicherheiten bei der Beantwortung von Fragen und Vorhalten.

Schweigt der Mandant in der Hauptverhandlung, hat der Verteidiger seine prozessualen Mitwirkungsrechte umso aktiver einzusetzen. Er kann durch Beweisanträge, Erklärungen nach § 257 Abs 2 StPO oder durch eine intensive Teilnahme an der Befragung von Zeugen und Sachverständigen auf den Prozessverlauf Einfluss nehmen. Die Möglichkeiten sind vielfältig und in weit höherem Maße vom aktuellen Verfahrensablauf in der Hauptverhandlung abhängig als die herausgearbeitete Verteidigungsstrategie. Während diese im wesentlichen im Voraus geplant werden kann, ja muss, und einen Wechsel nur bei ganz entscheidenden Änderungen im Verfahrensablauf erfahren darf, erfordern jene häufig eine schnelle und entschlossene Reaktion des Verteidigers. Ablehnungsanträge können – schon aus prozessualen Gründen – nicht lange aufgeschoben werden; dasselbe gilt zum Beispiel für Protokollierungsanträge, die Wahrnehmung von Erklärungen.

Die Verteidigungstaktik hat sich der Verteidigungsstrategie ebenso unterzuordnen, wie diese im Dienste des Verteidigungsziels steht. Besteht dieses zum Beispiel in einem komplexen Strafverfahren darin, dem Angeklagten eine tatsächlich zu verbüßende Freiheitsstrafe zu ersparen, so kann eine mögliche erfolgversprechende Strategie einer weiteren Verkomplizierung des Verfahrens in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht liegen, um am Ende zu einem Urteil zu gelangen, das entweder durch Reduktion der Anklagepunkte auch im Strafmaß für den Angeklagten akzeptabel ist, oder das so revisionsanfällig geworden ist, dass das Gericht zu einem Urteil bereit ist, von dem es annehmen kann, der Angeklagte werde es ohne Durchführung der Revision akzeptieren. Mögliche taktische Mittel zur Komplizierung des Verfahrens sind vornehmlich Beweisanträge, prozessuale Rügen, Protokollierungsanträge oder die (in der Praxis allerdings nicht so häufige) Ablehnung von Richtern oder Sachverständigen. Auch die Einlassung des Angeklagten kann als taktische Waffe eingesetzt werden. Welcher taktische Schritt zur Verfolgung einer Verteidigungsstrategie damit zur Erreichung des Verteidigungsziels notwendig ist, ist jedoch eine Frage des konkreten Einzelfalls und entzieht sich jeder verallgemeinernden Beantwortung.

## **2. Vereinbarungen in der Hauptverhandlung**

Eine der großen Fragen für den Verteidiger ist, wie er mit Absprachen über das Ergebnis umgeht. Die formellen Anforderungen des Bundesgerichtshofes und der darauf basierenden Gesetzesänderungen werden in der Praxis selten beobachtet, häufig wird nicht einmal das Ergebnis in öffentlicher Hauptverhandlung berichtet, Schöffen werden oft bei den ersten Vorgesprächen nicht beteiligt, der Angeklagte nimmt auch heute noch fast nie an den Gesprächen teil. Für diese Praxis gibt es zwar einige gute Gründe, die Praxis beinhaltet aber auch zahlreiche Gefahren für die Rechtsstaatlichkeit des Strafprozesses. Auch wenn der strafprozessuale Vergleich mittlerweile allgemein als zulässig angesehen wird, sind gerade aus der Sicht der Verteidigung die grundsätzlichen Bedenken gegen eine Ausweitung der Praxis strafprozessualen Vergleichens nicht von der Hand zu weisen.

Generell unzulässig sind lediglich Absprachen über den Schuldspruch und Vereinbarungen über einen Rechtsmittelverzicht vor Urteilsverkündung. Eine Verständigung Auch die sogenannte „Punktstrafe“ ist ausgeschlossen. Eine Verständigung über den Verfahrensabschluss kann nur unter Mitwirkung aller Beteiligten einschließlich der Laienrichter und des Angeklagten in öffentlicher Hauptverhandlung herbeigeführt werden. Das Gericht ist nicht befugt, eine bestimmte Strafe zuzusagen; allerdings darf die Strafobergrenze angegeben werden, über die das Gericht nicht hinausgehen wird. An diese Zusage ist das Gericht gebunden, wenn keine neuen schwerwiegenden Umstände zu Lasten des Angeklagten auftreten. Sollte dies der Fall sein, muss diese veränderte Situation allerdings in der Hauptverhandlung mitgeteilt werden. Ein aufgrund der Vereinbarung abgegebenes Geständnis gilt als nicht erfolgt, wenn die Absprache später scheitert.

Der Verteidiger, der zugunsten seines Mandanten eine Verfahrensabsprache treffen will, muss folgende Grundsätze beachten:

- Um unter Aufgabe von Verteidigungspositionen, insbesondere bei Ablegung eines Geständnisses, eine Absprache anzustreben, muss ein Freispruch für den Mandanten ausgeschlossen oder äußerst unwahrscheinlich sein.
- Absprachen sind nur unter Einbeziehung und mit Zustimmung des Mandanten zulässig, der zu diesem Zweck frühzeitig und umfassend zu informieren ist.
- Der Verteidiger darf nicht einseitig in Vorleistung treten. Schon die Andeutung eines möglichen Geständnisses kann unter Umständen die uneingeschränkte Verteidigung gegen den Anklagevorwurf unmöglich, zumindest jedoch wenig überzeugend machen. Erklärungen zur Sache sollten solche des Verteidigers, nicht des Angeklagten sein, um nicht den Rückweg zu einer prozessualen Verteidigungslinie zu verstellen.

**Eine Vereinbarung auf der Grundlage eines falschen Geständnisses darf der Verteidiger unter keinen Umständen herbeiführen.**

- Der Verteidiger sollte auf der Protokollierung der Absprache als wesentliche Förmlichkeit des Verfahrens bestehen, jedenfalls wenn die Absprache eine bestimmte Strafobergrenze beinhaltet.

## **Zustellungen**

Durch das 1. JModG<sup>24</sup> wurden die Vorschriften über die Zustellung von Ladungen geändert. Auch Ladungen zur Hauptverhandlung können in Zukunft öffentlich zugestellt werden. Dies ist einigermaßen problematisch, da öffentliche Zustellung heißt, Hauptverhandlung ohne Benachrichtigung.

---

<sup>24</sup> JModG v. 24.8.2004, BGBl. I, 2198

Bei dieser Gelegenheit will ich auch einen Hinweis des ehemaligen Vizepräsidenten des Bundesverfassungsgerichtes, Herrn Prof. Hassemer hinweisen. Dieser sagte vor ca. 5 Jahren, man möge doch dem Verfassungsgericht häufiger und nachdrücklicher Gelegenheit geben, zu strafrechtlichen Problemen Stellung zu nehmen. Das Ergebnis kann man in den Fachzeitschriften nachlesen: Durchsuchungen, Untersuchungshaft, Entnahme einer Blutprobe, Verkehrsüberwachung, §§ 316a, 315b, 240 und 142 StGB werden heute anders gewertet als noch vor einige Jahren.

Kann eine Zustellung an einen Beschuldigten, dem eine Ladung zur Hauptverhandlung noch nicht zugestellt war, nicht in der vorgeschriebenen Weise im Inland bewirkt werden und erscheint die Befolgung der für Zustellungen im Ausland bestehenden Vorschriften unausführbar oder voraussichtlich erfolglos, so ist die öffentliche Zustellung der Ladung zulässig.

Diese erhebliche Rechtverkürzung sollte ein Verteidiger in geeigneten Fällen mit einer Verfassungsbeschwerde angreifen.

### **3. Zuständigkeitsrügen**

Das Gesetz unterscheidet zwischen der sachlichen und der örtlichen Zuständigkeit der Strafgerichte. Die sachliche Zuständigkeit betrifft die Verteilung der Strafsache nach ihrer Art und Schwere auf die erstinstanzlichen, unterschiedlich besetzten Gerichte verschiedener Ordnung. Die örtliche Zuständigkeit bestimmt, welches Gericht erster Instanz unter mehreren sachlich zuständigen Gerichten sich mit der Sache zu befassen hat. Die Rügemöglichkeiten des Verteidigers und die prozessualen Folgen bei Unzuständigkeit des Gerichts sind je nach der Art der von der Rüge betroffenen Unzuständigkeit unterschiedlich.

#### **a) Rüge der sachlichen Zuständigkeit**

Die sachliche Zuständigkeit hat das Gericht in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen. Um die Unzuständigkeit in der Revision geltend machen zu können, bedarf es daher keiner Rüge des Angeklagten. Allerdings sind die Möglichkeiten in der Revisionsinstanz sehr beschränkt. Hält das Gericht nach Beginn der Hauptverhandlung die sachliche Zuständigkeit eines Gerichts höherer Ordnung für begründet, so verweist die Sache durch Beschluss an das zuständige Gericht (§ 270 Abs 1 StPO). Ein Einstellungsurteil nach § 260 Abs 3 StPO kommt in diesem Fall nicht in Frage.

#### **b) Rüge der örtlichen Zuständigkeit**

Die örtliche Zuständigkeit des Gerichts ergibt sich in erster Linie aus den Gerichtsständen des Tatortes (§ 7 StPO), des Wohnsitzes oder Aufenthaltsortes (§ 8 StPO) und des Ortes der Ergreifung (§ 9 StPO). Die örtliche Zuständigkeit prüft das Gericht bis zur Eröffnung des Hauptverfahrens von Amts wegen (§ 16 Abs 1 StPO). Danach darf es seine Unzuständigkeit nur auf entsprechenden Einwand des Angeklagten hin feststellen. Diese kann allerdings nur bis zum Beginn der Vernehmung des Angeklagten zur Sache in der Hauptverhandlung geltend gemacht

werden (§ 16 S 2, 3 StPO), spätestens im Anschluss an die Erklärung zu seiner Aussagebereitschaft. Hält das Gericht die Rüge für begründet, stellt es das Verfahren gem. § 260 Abs 3 StPO durch Urteil ein. Eine Abgabe oder Verweisung an ein örtlich zuständiges Gericht ist im ersten Rechtszug ausgeschlossen.

### **c) Taktische Überlegungen**

Ob der Verteidiger die Zuständigkeitsrüge erhebt, ist eine Frage des Einzelfalles. Jeder Angeklagte wird es vorziehen, vom unzuständigen Gericht eine zweijährige Bewährungsstrafe zu erhalten, anstatt vom zuständigen Gericht eine dreijährige Freiheitsstrafe. Der Blick des Verteidigers sollte also immer darauf gerichtet sein, welche Folge seine Zuständigkeitsrüge zeitigt. Er muss wissen, an welches Gericht die Sache gelangen wird, falls seine Rüge Erfolg hat bzw. wohin eine neue Anklage erhoben wird, falls sein Einwand zu einem Einstellungsurteil führt. Hier hilft nur das Studium der Geschäftsverteilungspläne weiter und, falls der Verteidiger die im „Erfolgsfalle“ zuständigen Richter nicht kennt, eine Erkundigung bei Kollegen. Zu bedenken ist auch, dass eine durchgreifende Zuständigkeitsrüge in der Regel zu einer erheblichen Verfahrensverzögerung führt. Besonders bei inhaftierten Mandanten kann dies ein ausschlaggebender Gesichtspunkt sein, der sowohl für die Rüge als auch dagegen spricht.

### **d) Besetzungsrüge**

Mit der Besetzungsrüge kann der Angeklagte geltend machen, das Gericht sei nicht vorschriftsmäßig besetzt und er selbst damit seinem gesetzlichen Richter entzogen. Die Rüge steht in engem Zusammenhang mit § 338 Nr. 1 StPO, wonach in einem solchen Fall grundsätzlich ein absoluter Revisionsgrund vorliegt.

War allerdings nach § 222a StPO die Mitteilung der Besetzung vorgeschrieben, so kann die Revision auf die vorschriftswidrige Besetzung nur gestützt werden, soweit entweder die Vorschriften über die Mitteilung verletzt worden sind, der form- und fristgerechte Einwand der vorschriftswidrigen Besetzung übergangen oder zurückgewiesen, ein Unterbrechungsantrag nach § 222a Abs 2 StPO abgelehnt worden ist oder das Gericht in einer Besetzung entschieden hat, deren Vorschriftswidrigkeit es erst nach § 222b Abs 2 S 2 StPO festgestellt hat. Findet die Hauptverhandlung im ersten Rechtszug vor dem Landgericht oder vor dem Oberlandesgericht statt, so ist die Gerichtsbesetzung spätestens zu Beginn der Hauptverhandlung mitzuteilen. Die Mitteilung kann durch den Vorsitzenden aber schon vor Beginn der Hauptverhandlung erfolgen, wobei für den Angeklagten die Mitteilung an seinen Verteidiger zu richten ist.

Diese Mitteilung gibt dem Verteidiger die Möglichkeit die Besetzung des Gerichts zu prüfen und gegebenenfalls die Besetzungsrüge zu erheben. Ist die Besetzung des Gerichts vor der Hauptverhandlung mitgeteilt worden, so kann der Einwand der vorschriftswidrigen Besetzung nur bis zum Beginn der Vernehmung des ersten Angeklagten zur Sache in der

Hauptverhandlung geltend gemacht werden (§ 222b Abs 1 S 1 StPO). Der Einwand dient ausschließlich dem Zweck, dem Angeklagten die Revisionsrüge nach § 338 Nr. 1 StPO zu erhalten.

#### e) Überprüfung der Besetzung

##### aa) **Berufsrichter**

Dem Verteidiger müssen der Geschäftsverteilungsplan des Gerichts für das entsprechende Geschäftsjahr und sämtliche Präsidialbeschlüsse, die sich mit den Änderungen des Geschäftsverteilungsplanes befassen, vorliegen. Das Recht auf Einsicht in den Geschäftsverteilungsplan einschließlich der ändernden und ergänzenden Präsidialbeschlüsse ergibt sich aus § 21e Abs 8 GVG.

##### bb) **Schöffen**

Zur Überprüfung, ob die Auswahl der Schöffen dem Gesetz entspricht, benötigt der Verteidiger die Vorschlagsliste der Gemeinde (§ 36 Abs 1 GVG), die Protokolle und Unterlagen über die Aufstellung und öffentliche Auslegung der Vorschlagslisten (§ 36 Abs 3 GVG), den Geschäftsplan des Gerichts, die Unterlagen, aus denen sich die von der Landesregierung zu bestimmenden Verwaltungsbeamten und das Protokoll über die Wahl der Vertrauenspersonen (§ 40 Abs 2 GVG) ergibt sowie das Schöffenwahlprotokoll nebst Schöffen – und Hilfsschöffenlisten (§ 44 GVG). Da die Überprüfung der Schöffenwahl sehr aufwendig sein kann, empfiehlt sich noch mehr als bei der Besetzungsprüfung bezüglich der Berufsrichter, die Beschaffung der Unterlagen so früh wie möglich vor Beginn der Hauptverhandlung zu veranlassen. Der Verteidiger hat einen Rechtsanspruch auf Einsicht in die genannten Unterlagen.

##### cc) **Form der Besetzungsrüge**

Der Einwand der fehlerhaften Gerichtsbesetzung, der nur bis zum Beginn der Vernehmung des ersten Angeklagten zur Sache zulässig ist (§ 222b Abs 1 S 1 StPO), ist innerhalb der Hauptverhandlung mündlich zu erheben. Der mündlich erhobene Einwand ist als wesentliche Förmlichkeit gem. § 273 StPO zu protokollieren. Ebenso wie bei der Revisionsbegründung müssen bei der Besetzungsrüge alle Tatsachen, die die vorschriftswidrige Besetzung belegen sollen, gleichzeitig und vollständig vorgetragen werden.

#### 4. Ablehnungsanträge

##### a) **Ablehnung eines Richters**

Auch diesbezüglich ist übergeordnetes Kriterium für den Verteidiger das Interesse des Mandanten. Es ist daher zunächst zu prüfen, welchen Nutzen und welchen Schaden ein Ablehnungsantrag dem Angeklagten bringen kann. Nur durch diese Objektivierung der Fragestellung kann es gelingen, die häufig zu beobachtende übergroße Ängstlichkeit im Umgang mit dem Befangenheitsantragsrecht auf der einen Seite, andererseits die durch das Prozessgeschehen aufgeheizte Emotionalität im Umgang damit in den Griff zu bekommen. Der Befangenheitsantrag sollte, jedenfalls aus der Sicht des Verteidigers eine vom Mandanteninteresse geleitete

Reaktion auf einen prozessual relevanten Sachverhalt sein, kein Routineantrag und keine unüberlegte Reaktion auf jede emotionale Regung des Richters, aber auch nicht nur die „äußerste Notbremse“. Bei der Beantwortung der Ausgangsfrage nach Schaden und Nutzen des Ablehnungsantrages für den Mandanten muss der Verteidiger folgende Aspekte berücksichtigen:

Tatsächliche Befangenheit des Richters und die Möglichkeit einer erfolgreichen Ablehnung überschneiden sich nur teilweise. Voreingenommenheit ist ein innerer Vorgang, der nicht unbedingt nach Außen etwa durch abfällige Bemerkungen oder Ähnlichem i.S. eines Ablehnungsgrundes zum Ausdruck kommen muss. Auf der anderen Seite erfordert die begründete Richterablehnung nur die Besorgnis der Befangenheit, nicht deren tatsächliches Vorliegen. Das Vorliegen des Ablehnungsgrundes ist grundsätzlich vom Standpunkt des Ablehnenden aus zu beurteilen. Ob der Richter tatsächlich parteiisch oder befangen ist, spielt dabei keine Rolle. Misstrauen in die Unparteilichkeit eines Richters ist somit gerechtfertigt, wenn der Ablehnende bei verständiger Würdigung des ihm bekannten Sachverhaltes Grund zu der Annahme hat, dass der abgelehnte Richter ihm gegenüber eine innere Haltung annimmt, die seine Unparteilichkeit oder Unvoreingenommenheit störend beeinflusst. Die Ablehnung kann sich immer nur auf einen bestimmten Richter in einer bestimmten Strafsache beziehen, nicht auf ein Kollegialgericht als Ganzes. Möglich ist es jedoch, jedes einzelne Mitglied eines Gerichts abzulehnen, zum Beispiel dann, wenn das Kollegialgericht eine die Ablehnung begründende Entscheidung gefasst hat, ohne dass es dem Angeklagten möglich wäre, zu klären, welche Richter im Einzelnen der Entscheidung zugestimmt haben.

#### **b) Konkrete Befangenheitsgründe**

Ablehnungsgründe können sich insbesondere aus persönlichen Verhältnissen des Richters, seinem Verhalten und seinen Äußerungen vor oder während der Hauptverhandlung und aus seiner Vortätigkeit im Verfahren gegen den Ablehnenden ergeben.

Die **persönlichen Verhältnisse** des Richters begründen nur dann die Besorgnis der Befangenheit, wenn zwischen ihnen und der Strafsache eine besondere Verbindung besteht. In der Regel sind daher Religion, Weltanschauung und Mitgliedschaft in einer politischen Partei oder in einer Gewerkschaft kein Ablehnungsgrund. Etwas anderes muss allerdings dann gelten, wenn das weltanschauliche, konfessionelle oder politische Engagement des Richter in einem inneren Zusammenhang mit dem zu beurteilenden Sachverhalt oder Delikt steht. Ein Ablehnungsgrund kann weitergehend darin liegen, dass der Richter mit dem Angeklagten verfeindet oder mit dem Verletzten oder Zeugen eng befreundet ist.

Ob das **Verhalten des Richters** und seine Äußerungen im Verfahren die Besorgnis der Befangenheit begründen, ist vom konkreten Einzelfall abhängig. Unsachliche Äußerungen („Afrikaner lügen, dass sich die Balken biegen“) und Beleidigungen gegenüber dem Angeklagten

(„Gangster“, „Sie lügen nach Aktenlage unverschämt“) oder dem Verteidiger („Ihre erste Niederlage, Herr Verteidiger“, nach dem Beschluss über die Zulassung der Nebenklage) rechtfertigen in der Regel die Besorgnis der Befangenheit, nicht jedoch die Äußerung einer Rechtsmeinung.

Die Besorgnis der Befangenheit kann auch die **Kontaktaufnahme** zu anderen Verfahrensbeteiligten, etwa zu einem Mitangeklagten oder zu dem Vertreter der Staatsanwaltschaft ergeben. Verhandlungsführung und Verhandlungsstil können das Misstrauen in die Voreingenommenheit des Richters rechtfertigen, wenn diese grob rechtsfehlerhaft oder unsachlich sind, etwa bei Eröffnung des Hauptverfahrens vor Ablauf der Erklärungsfrist zu Anklage, bei unberechtigter Beschränkung des Fragerechts, bei massiver Einwirkung auf den Angeklagten, ein Geständnis abzulegen, die Berufung zurückzunehmen und sich lieber bei der Verletzten zu entschuldigen oder bei der Einwirkung auf einen Zeugen, dieser solle von seinem Zeugnisverweigerungsrecht keinen Gebrauch machen. Die unsachliche Einstellung eines Richters kann sich auch nonverbal äußern, etwa im Verdrehen der Augen als Kommentar zu Ausführungen eines Prozessbeteiligten oder durch die Beschäftigung mit der Urteilsabsetzung während des Verteidigerplädoyers. Auch die Weigerung des Richters, ohne sachlichen Grund einem Terminsverlegungsantrag der Verteidigung zu entsprechen, kann die Besorgnis der Befangenheit begründen.

**Rechtsfehlerhafte Entscheidungen** rechtfertigen nicht per se die Annahme der Befangenheit. Etwas anderes gilt bei völlig abwegigen oder den Anschein der Willkür erweckenden Rechtsauffassungen.

Sind dem Angeklagten die Umstände, die die Besorgnis der Befangenheit begründen, bereits bei Beginn der Hauptverhandlung bekannt, so kann der Ablehnungsantrag **nur bis zum Beginn der Vernehmung des ersten Angeklagten** über seine persönlichen Verhältnisse gestellt werden (§ 25 Abs 1 StPO). Nach diesem Zeitpunkt ist der Antrag nur zulässig, wenn die Gründe dem Angeklagten erst später bekannt geworden sind und die Ablehnung unverzüglich geltend gemacht wird (§ 25 Abs 2 StPO). Endgültig nicht mehr zulässig ist die Ablehnung nach dem letzten Wort des Angeklagten (§ 25 Abs 2 S 2 StPO).

Das Ablehnungsgesuch ist **unverzüglich** geltend gemacht, wenn es sobald wie möglich, d.h. ohne eine nicht durch die Sachlage begründete Verzögerung angebracht wird. Auch wenn ein strenger Maßstab anzulegen ist, so muss doch dem Angeklagten stets eine gewisse Überlegungsfrist und ausreichend Zeit zum Abfassen des Gesuchs eingeräumt sowie Gelegenheit zu einer Besprechung mit dem Verteidiger gegeben werden. Entsteht der Ablehnungsgrund während einer Beweiserhebung, so kann der Verteidiger deren Ende abwarten, bevor er den Antrag stellt. Wird die Sitzung nur für kurze Zeit unterbrochen, so kann der Antrag bei deren Fortsetzung gestellt werden. Dauert die Unterbrechung dagegen längere Zeit, so darf nicht zugewartet werden. Das Ablehnungsgesuch muss in diesem Fall auch außerhalb der

Hauptverhandlung zwischen zwei Verhandlungstagen angebracht werden, um das Gebot der Unverzüglichkeit zu erfüllen.

Gem. § 26 Abs 1 StPO ist das Ablehnungsgesuch bei dem Gericht, dem der abgelehnte Richter angehört, anzubringen. Das Gesuch muss den abgelehnten Richter und die Ablehnungsgründe, auf die es gestützt wird, eindeutig bezeichnen. Die zur Antragsbegründung vorgebrachten Tatsachen sind glaubhaft zu machen; d.h. so weit zu beweisen, dass das Gericht sie für wahrscheinlich hält, ohne dass es allerdings der vollen Überzeugung von ihrer Richtigkeit bedarf. Zur Glaubhaftmachung kann auf das Zeugnis des abgelehnten Richters, der sich über den Ablehnungsgrund dienstlich zu äußern hat (§ 26 Abs 2 S 3 Abs 3 StPO), Bezug genommen werden. Der Verteidiger sollte darauf hinweisen, dass er vor einer Entscheidung über den Ablehnungsantrag die dienstliche Erklärung des abgelehnten Richters mit der Gelegenheit zur Stellungnahme zur Kenntnis gebracht haben will.

#### ***c) Ablehnung von Schöffen und Urkundsbeamten***

Gem. § 31 StPO können unter gleichen Voraussetzungen wie bei der Richterablehnung auch Schöffen und Urkundsbeamte abgelehnt werden. Auch für die Schöffen gelten die Ausschließungsgründe der §§ 22, 23 StPO. Im Wesentlichen finden die gleichen Grundsätze Anwendung, die für die Besorgnis der Befangenheit bei Berufsrichtern gelten.

#### ***d) Ablehnung von Sachverständigen und Dolmetschern***

Gem. § 74 StPO kann ein Sachverständiger aus den gleichen Gründen, die zur Ablehnung eines Richters berechtigen, abgelehnt werden. Dasselbe gilt gem. § 191 GVG für Dolmetscher, über deren Ablehnung das Gericht entscheidet, das den Dolmetscher hinzugezogen hat. Befangenheit des Dolmetschers kann insbesondere dann vorliegen, wenn dieser seine Übersetzungen mit eigenen Wertungen versieht. Der Begriff der Besorgnis der Befangenheit ist beim Sachverständigen und beim Dolmetscher nicht anders auszulegen als beim Richter. In der Rechtsprechung wurde zum Beispiel die Befangenheit eines Sachverständigen für den Fall angenommen, dass dieser vor Abschluss der Beweisaufnahme gegenüber einem Dritten geäußert hatte, er hoffe nicht, dass gegen den Angeklagten nur eine zur Bewährung aussetzbare Freiheitsstrafe verhängt werde, dass der Sachverständige in einer wissenschaftlichen Veröffentlichung den Eindruck erweckt hatte, nach seiner Auffassung seien Angeklagte in Strafsachen, die sich auf Verhandlungsunfähigkeit berufen, durchweg Simulanten.

Keinen Ablehnungsgrund stellt die Tatsache dar, dass der Dolmetscher schon im Vorverfahren von der Polizei oder der Staatsanwaltschaft herangezogen worden war. Ebenso stellen mangelhafte Sprachkenntnisse keinen Ablehnungsgrund dar. Dies kann allerdings den Verteidiger dazu berechtigen, beim Gericht die Auswechslung des Dolmetschers zu beantragen. Kein Ablehnungsgrund ist es, wenn der

Sachverständige eine mangelhafte Sachkunde aufweist. Dies kann allenfalls zur Anhörung eines weiteren Sachverständigen führen.

#### **e) Ablehnung des Staatsanwalts**

Die Ausschließung oder Ablehnung von Staatsanwälten ist in der StPO nicht geregelt. Die §§ 22 ff StPO gelten nach h.M. auch nicht entsprechend, so dass die Prozessbeteiligten kein Recht auf Ablehnung eines ausgeschlossenen oder befangenen Staatsanwalts haben. In der Hauptverhandlung hat der Verteidiger die Möglichkeit, beim Vorsitzenden des Gerichts auf die Auswechslung des Staatsanwaltes hinzuwirken. Allerdings kann auch das Gericht diese Maßnahme nicht gegen den Willen des Leitenden Staatsanwaltes durchsetzen.

Hinweis:

#### **Frist zur Unterbrechung**

Nach § 229 Abs. 1 kann eine Hauptverhandlung für drei Wochen unterbrochen werden. Die lange Unterbrechung, wenn bereits 10 Verhandlungstage stattgefunden haben, beträgt jetzt auch nicht mehr dreißig Tage sondern einen Monat.<sup>25</sup> Diese lange Frist gilt jedoch nicht für die Urteilsverkündung. Nach dem letzten Wort muss das Urteil innerhalb von elf Tagen verkündet werden (§ 268 StPO), sonst muss die Verhandlung von neuem beginnen.

Die Frist für eine Unterbrechung wird nicht nur gehemmt wenn der Angeklagte erkrankt ist sondern auch wenn ein „zur Urteilsfindung berufene Person“ – also Richter oder Schöffen – erkrankt. Hemmung der Verhandlungsfristen, die bisher allein für eine Erkrankung des Angeklagten geltende Hemmung, gilt also jetzt auch für Mitglieder des Spruchkörpers. Die Gesamtfrist für die Hemmung wurde beschränkt auf sechs Wochen. Dies gilt auch, wenn mehrere zur Urteilsfindung berufene Personen im Laufe einer Hauptverhandlung erkranken.

#### **5. Aussetzungsanträge**

Das Gebot eines rechtstaatlichen Verfahrens und der Grundsatz der Waffengleichheit im Strafverfahren fordern in bestimmten Prozesssituationen die Möglichkeit der Verteidigung, eine Aussetzung des Verfahrens zu erzwingen. Diese ist teilweise gesetzlich geregelt (vgl. §§ 217 Abs 2, 265 Abs 3, Abs 4 StPO), teilweise ergibt sich dies aus allgemeinen Grundsätzen, etwa der gerichtlichen Fürsorgepflicht oder der Sachaufklärungspflicht. Anspruch auf Aussetzung besteht z.B. wenn der Verteidiger zur Hauptverhandlung nicht geladen wurde.

Ob eine Hauptverhandlung ausgesetzt oder nur unterbrochen worden ist, richtet sich ausschließlich nach der Länge der Zeitspanne in der nicht verhandelt wird. Eine Hauptverhandlung darf bis zu drei Wochen unterbrochen werden (§ 229 Abs 1 StPO), jede darüber hinaus gehende Verhandlungsfreizeitspanne stellt eine Aussetzung dar, über die das Gericht durch Beschluss zu entscheiden hat (§ 228 Abs 1 S 1). Aus dem

---

<sup>25</sup> JModG v. 24.8.2004, BGBl. I, 2198

Beschleunigungsgebot ergibt sich, dass die Aussetzung des Verfahrens die Ausnahme sein muss und nicht zulässig ist, wenn der gleiche Zweck durch eine Unterbrechung der Verhandlung erreicht werden kann. Im Aussetzungsantrag eines Verteidigers ist daher stets auch als Hilfsantrag ein Antrag auf Unterbrechung der Hauptverhandlung enthalten. Der Vorsitzende hat darüber zu entscheiden, ob vielleicht auch eine Unterbrechung der Hauptverhandlung ausreichend ist. Ob eine Unterbrechung für die Verteidigung ausreichend ist, ist anhand des konkreten Falles zu beurteilen. Soweit allerdings das Gesetz die Aussetzung des Verfahrens unter bestimmten Voraussetzungen vorschreibt, ist ein Ermessen des Gerichts eingeschränkt, dass nicht lediglich eine Unterbrechung der Hauptverhandlung als ausreichend angesehen werden kann. In einem solchen Fall steht dem Vorsitzenden kein Ermessen zu. Ein Verstoß gegen diese zwingend vorgeschriebene Aussetzung kann mit der Revision gerügt werden.

Es ist in der Regel angebracht, Aussetzungsanträge so früh wie möglich zu stellen. Je nach dem Grund der Aussetzung kann dies vor, zu Beginn oder während der Hauptverhandlung geschehen.

#### **a) Aussetzung wegen verspäteter Ladung**

Sowohl für den Anklagten als auch für den Verteidiger gilt, dass zwischen der Zustellung der Ladung und dem Tag der Hauptverhandlung eine Frist von mindestens einer Woche liegen muss (§§ 217 Abs 1, 218 S 2 StPO). Hat der Angeklagte mehrere Verteidiger, so sind grundsätzlich alle zu laden. Ist der Verteidiger rechtzeitig, der Angeklagte jedoch verspätet geladen worden, so kann der Verteidiger einen Aussetzungsantrag nur im Namen des Angeklagten stellen. Kenntnis des Verteidigers zum Termin ersetzt nicht seine Ladung. Kann der Verteidiger den Hauptverhandlungstermin trotz verspäteter Ladung wahrnehmen, so ist stets zu überlegen, ob ein Aussetzungsantrag tatsächlich sinnvoll ist. Bringt dieser in der Sache nichts, ist also insbesondere keine weitere Zeit zur Vorbereitung der Hauptverhandlung erforderlich, so dürften in der Regel die mit dem Aussetzungsantrag verbundenen Nachteile für den Angeklagten größer sein als die Vorteile.

#### **b) Aussetzung wegen verspäteter oder unvollständiger Akteneinsicht**

Die Aussetzung des Verfahrens wegen Verletzung des **Akteneinsichtsrechts** ist gesetzlich nicht geregelt. Allerdings erfordert ein rechtsstaatlich geordnetes Verfahren, zu dem auch der Anspruch des Angeklagten auf rechtliches Gehör zählt, das Recht der Verteidigung auf Akteneinsicht in dem Umfang, wie diese dem Gericht bei der Urteilsfindung vorliegen.

Von besonderer Bedeutung ist aber eine Entscheidung des EGMR: Das Gericht muss einem Verteidiger ausreichend Zeit zur Vorbereitung geben, dabei gilt es zu beachten, dass ein Verteidiger nicht nur ein Verfahren zu betreuen hat – allerdings kann von einem Verteidiger natürlich auch verlangt werden, dass er notwendige Schwerpunkte setzt.

Zur Akteneinsicht gehört nicht nur die bloße Kenntnisnahme des dem Gericht vorliegenden Aktenmaterials, sondern auch die Möglichkeit, sich anhand dieser Kenntnis auf die Hauptverhandlung vorzubereiten. Zu diesem Zweck ist die Hauptverhandlung auf Antrag des Verteidigers auszusetzen. Zwischen Akteneinsicht und Hauptverhandlung muss daher ein angemessener Zeitraum liegen. Der Verteidiger darf sich nicht darauf einlassen, umfangreiches Aktenmaterial erst wenige Tage vor der Hauptverhandlung zur Einsicht zu bekommen oder, was ihm bei Wahrnehmung auswärtiger Hauptverhandlungen durchaus nicht selten zugemutet werden soll, die Akten „eine Stunde vor der Hauptverhandlung auf der Geschäftsstelle“ einzusehen. Der Verteidiger muss vielmehr auf einer ausreichenden Vorbereitungszeit bestehen. Dies gilt auch, wenn während der Hauptverhandlung weiteres Beweismaterial zur Akte gelangt, von dem er bisher keine Kenntnis hatte. Gewährt das Gericht auf einen entsprechenden Aussetzungsantrag die verlangte Akteneinsicht entweder gar nicht oder ohne die entsprechende Bearbeitungszeit, so liegt hierin in der Regel eine gem. § 338 Nr. 8 StPO mit der Revision zu rügende Beschränkung der Verteidigung, ein Umstand, auf dem der Verteidiger nötigenfalls deutlich aufmerksam machen sollte.

#### **c) Aussetzung zur Einziehung von Erkundigungen**

Gem. § 246 Abs 2 StPO kann der Verteidiger zur Einziehung von Erkundigungen die Aussetzung der Hauptverhandlung beantragen, wenn er auf Grund verspäteter Namhaftmachung geladener Zeugen oder Sachverständiger keine Möglichkeit hatte, deren Glaubwürdigkeit und sachliche Zuverlässigkeit zu prüfen und mögliche Gegenbeweise anzubieten.

Die Entscheidung über den Aussetzungsantrag trifft das Gericht (nicht der Vorsitzende allein) nach pflichtgemäßen Ermessen unter Beachtung der Aufklärungspflicht nach § 244 Abs 2 StPO und der berechtigten Interessen der Prozessbeteiligten, insbesondere des Angeklagten. Setzt sich das Gericht trotz Kenntnis der für den Aussetzungsantrag maßgeblichen Gründe über das Gesuch des Verteidigers hinweg, so liegt hierin ein Ermessensfehler, der die Revision begründen kann.

#### **d) Aussetzung bei veränderter Sach- und Rechtslage**

Gem. § 265 Abs 1 StPO ist der Angeklagte darauf hinzuweisen, wenn das Gericht eine von der zugelassenen Anklage abweichende rechtliche Beurteilung der Tat vornehmen will, unabhängig davon, ob die Änderung des rechtlichen Gesichtspunktes auf Grund neuer Tatsachen oder wegen einer anderen rechtlichen Beurteilung des gleichgebliebenen Sachverhalts in Erwägung gezogen wird.

Bestreitet der Angeklagte die neu hervorgetretenen Umstände, die die Anbindung eines schwereren Strafgesetzes als in der Anklage angeführten zulassen, und behauptet er, auf die Verteidigung nicht genügend vorbereitet zu sein, so ist auf seinen Antrag hin die Hauptverhandlung auszusetzen (§ 265 Abs 3 StPO).

Der Aussetzungsanspruch setzt mithin voraus, dass der Angeklagte die neu hervorgetretenen Umstände bestreitet, d.h. ihre Richtigkeit in Abrede stellt und dass er behauptet, auf die Verteidigung insoweit nicht genügend vorbereitet zu sein. Ob das zutrifft, hat das Gericht nicht zu prüfen. Es kann aber abweichend von der Auffassung des Angeklagten beurteilen, ob die neu hervorgetretenen Umstände die Anwendung der schwereren Bestimmung überhaupt zulassen. Der Angeklagte hat einen Rechtsanspruch auf Aussetzung der Verhandlung, nicht lediglich auf einer bloße Unterbrechung der Verhandlung. Ein Verstoß gegen § 265 Abs 3 kann die Revision begründen. Auch bei veränderter Sachlage hat der Angeklagte einen Anspruch auf Aussetzung der Hauptverhandlung.

Der Sachverhalt ist zum Beispiel verändert, wenn im zugelassenen Anklagesatz nicht erwähnte Handlungen, Geschehnisse und Ereignisse oder sonstige Tatsachen zum Gegenstand des Urteils gemacht werden sollen. Auch bei Veränderungen der Verfahrenslage gilt § 265 Abs 4 StPO, zum Beispiel beim Nachschieben bisher von der Verfolgungsbehörde zurückgehaltener Beweismittel in der Hauptverhandlung.

## **6. Sitzordnung**

Der Verteidiger hat einen Anspruch auf einen Platz im Sitzungssaal, der einerseits seiner Stellung gerecht wird und darüber hinaus keine tatsächliche Einschränkung der Verteidigungsmöglichkeiten mit sich bringt. In praktischer Hinsicht bedeutet dies, dass ausreichend Platz vorhanden sein muss, die Verteidigungsunterlagen (Akten, Kommentare etc.) vor sich auszubreiten, einzusehen und zu benutzen. Eine Platzzuweisung, die diese Kriterien nicht erfüllt, kann eine unzulässige Beschränkung der Verteidigung i.S. des § 338 Nr. 8 StPO darstellen und die Revision begründen. Auch der Angeklagte hat einen Anspruch auf einen Platz im Sitzungssaal, der seiner Würde und seinem Anspruch auf Gleichbehandlung mit den übrigen Verfahrensbeteiligten entspricht. Ein solcher Platz befindet sich nicht in der Mitte des Saales vor der Richterbank, sondern neben dem Verteidiger, von wo aus der ungehinderte Kontakt zu diesen möglich ist. Oftmals wird dem Angeklagten für die Hauptverhandlung ein Platz auf einer Bank hinter dem Verteidiger zugewiesen. So besteht weder Sichtkontakt zwischen dem Verteidiger und seinem Mandanten, noch hat letzterer die Möglichkeit, seine Verteidigungsunterlagen vor sich auszubreiten oder Notizen über den Gang der Hauptverhandlung zu machen. Diese Anordnung, die angeblich oftmals der Üblichkeit entsprechen soll, verletzt den Anspruch des Angeklagten auf Gleichbehandlung mit den übrigen Verfahrensbeteiligten und stellt eine Behinderung der Verteidigung im Sinne von § 338 Nr. 8 StPO dar.

Entspricht die Situation im Gerichtssaal nicht den vorgenannten Grundsätzen, so sollte der Verteidiger zunächst versuchen, mit dem Gericht eine einvernehmliche Änderung der Situation herbeizuführen. Ist eine Einigung nicht möglich, so empfiehlt sich ein schriftlich formulierter Antrag auf Zuweisung eines angemessenen Sitzplatzes. Weist der Vorsitzende diesen Antrag zurück, so ist eine Gerichtsentscheidung gem.

§ 238 Abs 2 StPO herbeizuführen. Zur Sachleitung i.S. dieser Vorschrift gehören nach richtiger Auffassung auch sitzungspolizeiliche Maßnahmen. Bestätigt das Gericht die Anordnung des Vorsitzenden, so bleibt dem Verteidiger nichts anderes übrig, als die Sitzordnung jeweils durch entsprechende Protokollierungsanträge aktenkundig zu machen und im Bedarfsfall (etwa nach einer Zeugenaussage) einen Unterbrechungsantrag für ein ungehindertes Gespräch mit den Mandanten zu stellen. Weigert sich der Angeklagte, den ihm zugewiesenen Platz einzunehmen und kündigt daraufhin der Vorsitzende die Verhängung eines Ordnungsmittels an, so kann dies einen Antrag wegen Besorgnis der Befangenheit begründen.

## **7. Beweisanträge**

Der Beweisantrag ist das wirkungsvollste Mittel des Verteidigers, auf den Umfang der Beweisaufnahme Einfluss zu nehmen und das Gericht zu zwingen, Tatsachen zur Kenntnis zu nehmen die für den Angeklagten sprechen, sei es in der Schuld – oder in der Rechtsfolgenfrage. Der Beweisantrag kann darüber hinaus der „Früherkennung“ richterlicher Beweiswürdigung und als Mittel zur Festschreibung des Sachverhaltes dienen oder ganz allgemein als taktisches Mittel eingesetzt werden, um über den Weg eines drohenden Revisionsgrundes Druck auf das Gericht auszuüben.

Der Verteidiger muss allerdings abschätzen können, mit welcher Begründung das Gericht einen Beweisantrag ablehnen kann und welche Folgen sich hieraus für die Beweisaufnahme ergeben. Auch und gerade die Ablehnung eines Beweisantrages gibt dem Verteidiger die Möglichkeit, frühzeitig zu erkennen, wie das Gericht die Beweisaufnahme wertet. Der Vorteil der „Früherkennung richterlicher Überzeugungsbildung“ besteht darin, dass die Verteidigung rechtzeitig die Möglichkeit in Erwägung ziehen kann, über weitere Anträge die Beweisaufnahme in die gewünschte Richtung zu lenken.

Manche Beweisanträge sind geeignet, Mühe zu verursachen und das Verfahren zu verzögern. Letzteres kann zu einer erheblichen Belastung des Mandanten führen, ein Umstand, den der Verteidiger vor allem bei dem in Untersuchungshaft befindlichen Angeklagten, der auf Bewährung hofft, zu bedenken hat. Allerdings wird auch kaum ein Gericht über eine lange Verfahrensdauer und komplizierte Beweiserhebung erfreut sein. Nicht selten ist daher die Umgehung einer sonst unvermeidlichen zeitraubenden Beweisaufnahme ein Ansatzpunkt für die einvernehmliche Erledigung des Verfahrens.

### **a) Inhalt des Beweisantrages**

Zum Inhalt gehören eine zu beweisende Tatsache und ein bestimmtes Beweismittel. Der Verteidiger sollte sich bemühen, die im Beweisantrag enthaltene Beweistatsache so genau wie möglich zu bezeichnen. Die zu beweisende Tatsache muss zwar bestimmt behauptet werden, der Verteidiger ist aber nicht verpflichtet, ihre Wahrheit zu versichern. Er kann vielmehr auch Beweiserhebung über Tatsachen verlangen, die er nur vermutet oder für möglich hält.

Der Verteidiger braucht seinen Beweisantrag weder zu begründen noch seine Informationsquellen zu benennen. Eine Begründung des Beweisantrages empfiehlt sich allerdings dann, wenn dem Gericht der Sinn einer Beweisführung erst erschlossen werden soll.

### **b) Form des Beweisantrages**

Der Beweisantrag ist mündlich zu stellen und muss in das Hauptverhandlungsprotokoll aufgenommen werden (§§ 273 Abs 1, 274 StPO). Üblich und in der Regel zweckmäßig ist es, den Antrag schriftlich zu fixieren, zu verlesen und sodann zur Akte zu reichen. Der Beweisantrag muss ordnungsgemäß protokolliert werden. Konnte der Verteidiger den Beweisantrag ins Protokoll diktieren, so sollte er sich diesen vom Protokollbeamten nochmals vorlesen lassen. Zur schriftlichen Ausarbeitung eines Beweisantrages kann es notwendig sein, eine Unterbrechung der Verhandlung zu beantragen. Der Verteidiger sollte sich nicht drängen lassen und mit der erbetenen Unterbrechungsdauer eher großzügig als kleinlich sein, damit der Antrag in Ruhe und mit Sorgfalt abgefasst werden kann.

### **c) Zeitpunkt der Antragsstellung**

Beweisanträge sind in der Hauptverhandlung zu stellen. Außerhalb der Hauptverhandlung gestellte Anträge auf Beweiserhebung, sei es im Zwischenverfahren nach § 201 StPO oder zur Vorbereitung der Hauptverhandlung nach § 219 StPO sind keine Beweisanträge und müssen, wenn der Verteidiger eine Entscheidung hierüber herbeiführen will, in der Hauptverhandlung wiederholt werden.

Beweisanträge können während der gesamten Dauer der Hauptverhandlung gestellt werden; letztmöglicher Zeitpunkt ist der Beginn der Urteilsverkündung. Eine nicht immer leicht zu entscheidende Frage der Verteidigungstaktik ist es, zu welchem Zeitpunkt innerhalb des rechtlich zulässigen Zeitrahmens ein Beweisantrag gestellt wird. „Verspätete“ Beweisanträge gibt es nicht, wenn man davon absieht, dass der Staatsanwalt auf einen Antrag des Verteidigers gem. § 256 Abs 2 StPO die Aussetzung der Hauptverhandlung beantragen kann, wenn ihm auf Grund der späten Antragsstellung die Zeit gefehlt hat, Erkundigungen bezüglich der angebotenen Beweismittel einzuziehen. Der Verteidiger hat sich daher den Zeitpunkt der Antragsstellung auch nicht vom Gericht vorschreiben zu lassen.

Für eine möglichst späte Antragsstellung spricht, dass Gericht und Staatsanwaltschaft sich bei der Beweisaufnahme nicht auf den Inhalt des Beweisantrages einstellen können. Wird zum Beispiel der Angeklagte durch einen Zeugen dahingehend belastet, an einem bestimmten Tag zu einer bestimmten Uhrzeit eine Straftat begangen zu haben, so wäre es schädlich, wenn dem Gericht bereits zum Zeitpunkt der Vernehmung des Belastungszeugen ein Beweisantrag auf Vernehmung eines Alibizeugen vorliegen würde. Die Folge wäre ein Vorhalt an den Belastungszeugen mit anschließender Korrektur der Aussage – häufig wird der Angeklagte dann überrascht mit der Aussage des Zeugen, das beschriebene Ereignis habe

sich möglicherweise auch einen Tag oder eine Woche früher ereignet; eine Variante, die das Gericht gerne akzeptiert.

Die späte Antragsstellung empfiehlt sich allerdings nur dann, wenn das Beweismittel einen hohen eigenständigen Beweiswert hat und bei frühzeitiger Benennung die Gefahr der „Bearbeitung“ des Beweismaterials durch das Gericht oder die Staatsanwaltschaft besteht. Ansonsten empfiehlt sich die möglichst frühzeitige Antragsstellung.

#### **d) Beweisermittlungsantrag**

Der Beweisermittlungsantrag unterscheidet sich vom Beweisantrag dadurch, dass der Antragssteller die Beweistatsache nicht kennt oder das Beweismittel nicht bestimmt bezeichnen kann. Sein Zweck besteht darin, brauchbares Verteidigungsmaterial ausfindig zu machen und damit gegebenenfalls einen Beweisantrag vorzubereiten. Mit dem Beweisermittlungsantrag macht der Antragssteller seinen Anspruch auf Erfüllung der gerichtlichen Aufklärungspflicht nach § 244 Abs 2 StPO geltend. Der Antrag ist gem. § 273 Abs 1 StPO zu protokollieren. Lehnt ihn der Vorsitzende ab, so kann hiergegen nach § 238 Abs 2 StPO das Gericht angerufen werden. Das Gericht entscheidet im Rahmen der Sachaufklärungspflicht. Es hat allerdings ein weitergehendes Ermessen als beim Beweisantrag, sodass ein Beweisermittlungsantrag in jedem Fall dann abgelehnt werden kann, wenn auch ein Beweisantrag abgelehnt werden könnte. Die Reaktion auf eine Beweisanregung steht im Ermessen des Gerichts; ein förmlicher Bescheid ist im Fall der Ablehnung nicht erforderlich.

#### **e) Ablehnungsbeschluss**

Die Anordnung der Beweisaufnahme kann durch den Vorsitzenden im Rahmen seiner Sachleitungsbefugnis allein und ohne Begründung erfolgen. Soll ein Beweisantrag abgelehnt werden, so muss dies durch einen Gerichtsbeschluss erfolgen, der in der Hauptverhandlung bekannt zu machen und in das Sitzungsprotokoll aufzunehmen ist. Der Beschluss ist zu begründen.

Die Ablehnung eines Beweisantrages bedarf gem. § 244 Abs 6 StPO eines Gerichtsbeschlusses. Der Beschluss ist zu protokollieren und mit Gründen zu versehen, die so konkret sein müssen, dass sie dem Antragssteller Gelegenheit geben, sich in seiner weiteren Verhandlungsführung darauf einzustellen und dem Revisionsgericht die Nachprüfung auf Rechtsfehler erlauben. Die Entscheidung ist vor Schluss der Beweisaufnahme bekannt zu geben.

Nach § 244 Abs 3 S 1 StPO ist ein Beweisantrag (zwingend) abzulehnen, wenn die Beweiserhebung unzulässig ist. Darüber hinaus darf ein Beweisantrag nach § 244 Abs 3 S 2 StPO nur abgelehnt werden, wenn die Beweiserhebung wegen Offenkundigkeit überflüssig, die zu beweisende Tatsache für die Entscheidung ohne Bedeutung oder schon erwiesen, das Beweismittel völlig ungeeignet oder unerreichbar ist, wenn der Antrag zum Zweck der Prozessverschleppung gestellt wurde oder wenn eine beweiserhebliche Behauptung zu Gunsten des Angeklagten als

wahr unterstellt werden kann.

#### **f) Präsenze Beweismittel**

Die Möglichkeiten des Gerichts, einen Beweisantrag abzulehnen, sind eingeschränkt, wenn die Beweismittel präsent sind, d.h. zur sofortigen Beweiserhebung zur Verfügung stehen. Gem. § 245 Abs 1 StPO hat das Gericht, ohne dass es auf einen Beweisantrag ankäme, Beweis zu erheben bei allen vom Gericht geladenen und in dieser prozessualen Eigenschaft erschienenen Zeugen und Sachverständigen sowie bei den vom Gericht (zu Beweis Zwecken) oder von der Staatsanwaltschaft herbeigeschafften Beweismitteln. Auf die Beweiserhebung kann in diesen Fällen nur verzichtet werden, wenn diese unzulässig ist oder wenn die Staatsanwaltschaft, der Verteidiger und der Angeklagte hiermit einverstanden sind (§ 245 Abs 1 StPO). Will die Verteidigung auf die Vernehmung eines geladenen Zeugen nicht verzichten, so ist dies ausdrücklich zu Protokoll zu geben.

#### **8. Hauptverhandlungsprotokoll**

Gem. § 271 Abs 1 StPO ist über die Hauptverhandlung ein Protokoll aufzunehmen. Das Protokoll muss Gang und Ergebnisse der Hauptverhandlung, d.h. die zeitliche Reihenfolge aller wesentlichen Verfahrensvorgänge kenntlich machen und die Beachtung der wesentlichen Förmlichkeiten wiedergeben. Zu diesen gehören alle Vorgänge, die für die Gesetzmäßigkeit des Verfahrens von Bedeutung sein können.

Wesentliche, d.h. protokollierungsbedürftige Förmlichkeiten sind daher insbesondere:

- Angaben über die Öffentlichkeit der Verhandlung (§§ 169 ff GVG)
- die Anwesenheit der in § 226 StPO bezeichneten Prozessbeteiligten
- im Fall der notwendigen Verteidigung die Anwesenheit des Verteidigers, die An- und Abwesenheit des Angeklagten (§§ 230 ff StPO)
- die Verlesung des Anklagesatzes
- die Vernehmung des Angeklagten zur Person und Sache
- alle gesetzlich vorgeschriebenen Belehrungen und Hinweise (zum Beispiel nach §§ 243 Abs 4 S 1, 247 S 4, 257 Abs 1, 258 Abs 3, 265 StPO) einschließlich der Rechtsmittelbelehrungen
- prozessuale Einverständnis- und Verzichtserklärungen
- die Vereidigung oder Nichtvereidigung von Zeugen und Sachverständigen
- jede Beweiserhebung, einschließlich deren Wiederholung zur Heilung eines Verstoßes gegen § 226 StPO
- gesetzlich vorgesehene Erklärungen von Angeklagten und Zeugen
- die Schlussvorträge (§ 258 Abs 1, Abs 3 StPO) und das letzte Wort des Angeklagten (§ 258 Abs 2 StPO)

Ein Inhaltsprotokoll, das die wesentlichen Ergebnisse der Vernehmungen zusammenfasst, ist nur für Hauptverhandlungen vor dem Strafrichter und

dem Schöffengericht vorgesehen (§ 273 Abs 2 StPO). Ein Wortprotokoll ist hier allerdings, im Gegensatz zu der Protokollierung nach § 273 Abs 3 StPO, nicht notwendig. Wenn die Aussage in der Hauptverhandlung von früheren Vernehmungen nicht oder nur unwesentlich abweicht, wird sogar die Bezugnahme auf deren Niederschrift als zulässig angesehen. Die Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls bezieht sich nur auf die für die Hauptverhandlung vorgeschriebenen, d.h. wesentlichen Förmlichkeiten (§ 274 S 1 St PO). Weder das Inhaltsprotokoll nach § 273 Abs 2 StPO, noch das Wortprotokoll nach § 273 Abs 3 StPO haben daher die formelle Beweiskraft des Sitzungsprotokolls.

Neu ist auch die Möglichkeit eine Hauptverhandlung ohne Hinzuziehung eines Protokollführers durchzuführen. Dann ist der Vorsitzende verpflichtet das Protokoll schriftlich oder unter zu Hilfenahme technischer Einrichtungen selbst zu führen und im Nachhinein eine schriftliche Abfassung des Sitzungsprotokolls zu veranlassen. Auch in diesen Fällen kann das Protokoll nachträglich gefertigt werden. Es gibt keine Vorschrift die besagt, dass während der laufenden Hauptverhandlung das Protokoll zu fertigen ist. Maßgeblich ist allein § 273 Abs. 4 StPO wonach bestimmt ist, dass das Protokoll fertig gestellt sein muss – das heißt vom Vorsitzenden und nach bisherigem Recht auch vom Urkundsbeamten unterschrieben sein muss – bevor das Urteil zugestellt wird.

**a) Die Beweiskraft des Protokolls** erstreckt sich nur auf das anhängige Verfahren und wirkt nur für das Revisionsgericht, das die Gesetzmäßigkeit des Verfahrens zu prüfen hat. Ihre Wirkung kann positiv oder negativ sein; einerseits gelten die im Protokoll beurkundeten wesentlichen Förmlichkeiten der Hauptverhandlung als geschehen, selbst wenn sie nicht statt gefunden haben, andererseits gilt als nicht geschehen, was im Protokoll nicht beurkundet ist. Beweiskraft hat allerdings nur ein ordnungsgemäß errichtetes, nicht offensichtlich lückenhaftes und vom Vorsitzenden wie vom Urkundsbeamten vorbehaltlos unterschriebenes Protokoll.

#### **b) Wörtliche Protokollierung**

Wörtliche Protokollierung ist vorgeschrieben, wenn es auf die Feststellung eines Vorgangs in der Hauptverhandlung oder auf den Wortlaut einer Äußerung ankommt (§ 273 Abs 3 StPO). Es können nur Vorgänge in der Hauptverhandlung selbst, nicht Vorgänge in einer Sitzungspause oder außerhalb des Sitzungssaals protokolliert werden. Allerdings muss der zu protokollierende Vorgang weder zu den wesentlichen Förmlichkeiten des Verfahrens gehören, noch muss er überhaupt eine Prozesshandlung darstellen. Er kann vielmehr auch in Verhaltensweisen eines Prozessbeteiligten liegen.

Auf den Wortlaut einer Äußerung kommt es an, wenn sie für die Beweiswürdigung von besonderer Bedeutung ist, wobei die Entscheidungserheblichkeit alleine nicht ausreichend sein soll. Zuzustimmen ist jedoch der weiteren Auffassung, die eine Protokollierung stets dann als notwendig ansieht, wenn eine bestimmte Aussage oder Äußerung gerade für die Entscheidungsfindung rechtserheblich sein wird

oder sich eine derartige Möglichkeit nicht von vorne herein ausschließen lässt. In jedem Fall ist die Äußerung zu protokollieren, wenn es auf den genauen Wortlaut der Aussage ankommt, weil verschiedene Deutungsmöglichkeiten mit der Gefahr unterschiedlicher Schlussfolgerungen bestehen.

Zur **Begründung** seines Protokollierungsantrags kann der Verteidiger zum Beispiel vorbringen, er wolle die Aussage im weiteren Verlauf des Verfahrens noch eines zu hörenden Zeugen oder Sachverständigen vorhalten, und hierbei komme es entscheidend auf die konkrete Formulierung an. Lehnt der Vorsitzende den Antrag auf wörtliche Protokollierung ab, so muss der Verteidiger eine gerichtliche Entscheidung gem. § 273 Abs 3 S 2 StPO herbeiführen. Zitiert er in seinem Antrag die seiner Ansicht nach zu protokollierende Äußerung wörtlich, oder beschreibt er den zu protokollierenden Vorgang, so gelangt der Stein des Anstoßes zumindest auf diesem Umweg in das Protokoll. In den meisten Fällen dürfte das taktische Ziel des Antrages damit bereits erreicht sein.

## 9. Plädoyer

Gem. § 258 Abs 1 StPO erhalten nach dem Schluss der Beweisaufnahme der Staatsanwalt und sodann der Angeklagte zu ihren Ausführungen und Anträgen das Wort. Auch wenn der Verteidiger nicht ausdrücklich erwähnt ist, ergibt sich doch aus § 258 Abs 3 StPO sein Recht, den Schlussvortrag für den Angeklagten zu halten. Die Reihenfolge der Schlussvorträge ist gesetzlich nicht zwingend vorgeschrieben. § 258 Abs 1 StPO geht zwar davon aus, dass zuerst der Staatsanwalt plädiert. Falls der Vorsitzende es für sachdienlich erachtet, kann er jedoch von dieser Regel abweichen und zunächst dem Verteidiger das Wort erteilen.

Hat der Staatsanwalt auf den Schlussvortrag des Verteidigers repliziert, so darf dieser duplizieren, d.h. nochmals erwidern. Das Gesetz hat diesen Fall zwar nicht ausdrücklich geregelt, jedoch ergibt sich aus dem Recht auf das letzte Wort, dass grundsätzlich nach dem Staatsanwalt nochmals die Seite des Angeklagten zu hören ist. Hierzu darf sich der Angeklagte auch des Beistandes seines Verteidigers bedienen. Wird ihm dieses Recht verweigert, sollte der Verteidiger einen gerichtlichen Beschluss nach § 238 Abs 2 StPO herbeiführen, da in der Regel ein Revisionsgrund nach § 338 Nr. 8 StPO gegeben ist. Ziel des Verteidigerplädoyers ist es, die Entscheidung des Gerichts zu Gunsten des Angeklagten zu beeinflussen. Über die tatsächliche Wirkung des Schlussvortrages auf die Überzeugungsbildung der Richter, über die bis dato exakte wissenschaftliche Untersuchungen nicht existieren, gehen die Meinungen allerdings auseinander.

Sicher ist, dass Unterlassungen des Verteidigers bei der Vorbereitung der Hauptverhandlung und in der Beweisaufnahme (insbesondere auf dem Gebiet des Beweisantragsrechts) auch durch ein noch so brillantes Plädoyer nicht auszubügeln sind. Fest steht auch, dass die Bedeutung des Plädoyers gerade von juristischen Laien, also auch von dem normalen Angeklagten, hoffnungslos überschätzt wird.

Auf der anderen Seite kann das Plädoyer auch nicht nur als überflüssiges Anhängsel an die Beweisaufnahme abgetan werden. Zwar wird es immer wieder Richter geben, deren Urteil, wenn nicht schon vor Beginn der Hauptverhandlung, so doch spätestens nach Abschluss der Beweisaufnahme, feststeht, und deren Meinung auch durch noch so fundierte Ausführungen des Verteidigers nicht mehr zu beeinflussen ist. Dennoch gibt es auch den Richter, der nicht nur den Ausführungen der Staatsanwaltschaft, sondern auch der Verteidigung mit Aufmerksamkeit zuhört und diese, wie es die §§ 258, 261 StPO vorschreiben, bei seiner Überzeugungsbildung berücksichtigt. Der Verteidiger hat dann die Chance, die punktuellen Ergebnisse der Beweisaufnahme in einen geordneten Zusammenhang zu stellen und aus der Sicht der Verteidigung zu werten, Zweifel an der Schuld des Angeklagten zu schüren oder zu verstärken, Umstände, die gegen die Täterschaft des Angeklagten sprechen, oder die geeignet sind, eine mildere Strafe zu erwirken, nochmals hervorzuheben oder auch nur die im Laufe der Hauptverhandlung aufgekommenen oder durch das Plädoyer des Staatsanwalts eingebrachten Emotionen und Ressentiments gegen den Angeklagten zu dämpfen. In längeren und komplizierten Verfahren sollte der Verteidiger bereits während der Verhandlung gerade im Hinblick auf seine Schlussausführungen den Prozessstoff, vor allem die Ergebnisse der Beweisaufnahme in sachlicher und rechtlicher Hinsicht ordnen und sein Verteidigungskonzept darauf einstellen. Die Ergebnisse der Beweisaufnahme sind zumindest stichwortartig festzuhalten, ebenso rechtliche Hinweise des Gerichts, neue Gedanken oder Argumente zur Sach- und Rechtslage. Benötigt der Verteidiger nach Schluss der Beweisaufnahme zur Vorbereitung des Schlussvortrages Zeit, was in umfangreicheren Verfahren durchaus nicht ungewöhnlich ist, so wird er dies zunächst dem Gericht mit der Bitte um Unterbrechung der Verhandlung vortragen. Kommt der Vorsitzende der Bitte des Verteidigers nicht nach, muss ein förmlicher Antrag gestellt werden. Wird dieser Antrag vom Vorsitzenden abgelehnt, ist gem. § 238 Abs 2 StPO die Entscheidung des Gerichts herbeizuführen. Die Weigerung, die Verhandlung für die Vorbereitung des Plädoyers zu unterbrechen, kann die Revision begründen. Dasselbe gilt, wenn eine Unterbrechung erst nach den Schlussausführungen des Staatsanwalts notwendig wird, sei es, weil dieser neue Argumente vorgetragen hat, sei es, dass er überraschende Anträge gestellt hat, auf die spontan nicht ausreichend erwidert werden kann.

#### **a) Inhaltliche Gestaltung des Plädoyers**

Während der Staatsanwalt verpflichtet ist, das Verhandlungsergebnis in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zusammenfassend zu würdigen und bestimmte Anträge zu stellen, ist der Verteidiger in der inhaltlichen Gestaltung seiner Ausführungen weitgehend frei. Insbesondere ist es ihm daher unbenommen, ausschließlich die zu Gunsten seines Mandanten sprechenden Tatsachen zu würdigen, sich bei seinen Schlussausführungen auf Einzelaspekte zu beschränken und auf die Stellung von Anträgen zu verzichten.

Dieselbe Freiheit hat der Verteidiger beim Aufbau seiner Schlussausführungen. Zwar wird teilweise vertreten, der Aufbau des Verteidigerplädoyers entspreche im Wesentlichen denen der Staatsanwaltschaft, wonach zunächst die Sachverhaltsfeststellung mit Beweiswürdigung, sodann die rechtliche Würdigung und schließlich die Rechtsfolgen abzuhandeln seien. Dieser Vorschlag mag zwar in vielen Fällen praktikabel sein und gerade dem Anfänger ein leicht zu handhabendes Gerüst für seinen Schlussvortrag bieten – zwingend ist er indes nicht. Im Gegenteil: immer dann, wenn die Sache es zulässt, sollte der Verteidiger versuchen, der dem üblichen Schema innewohnenden Gefahr der Langeweile durch eine individuelle Gestaltung seines Schlussvortrages entgegen zu treten. So kann es zum Beispiel angebracht sein, dem Bestrafungsantrag der Staatsanwaltschaft unmittelbar den Antrag auf Freispruch entgegenzusetzen, um einerseits die Aufmerksamkeit des Gerichts zu gewinnen und andererseits die Fronten von vornherein klar abzustecken. Sind die Feststellung des Sachverhaltes und die rechtliche Würdigung völlig unproblematisch und Ausführungen hierzu überflüssig, so sollte sich der Verteidiger sofort den Fragen der Strafzumessung zuwenden. Eine andere Möglichkeit des Einstiegs besteht zum Beispiel darin, sich dem Fall über eine ausführliche Darstellung der Persönlichkeit des Angeklagten zu nähern, um den Tatvorwurf auf diese Weise zu relativieren und in einem milderem Licht erscheinen lassen.

Der Verteidiger hat viele Möglichkeiten, seinen Vortrag aufzubauen; er sollte sich daher nicht von vornherein auf ein **bestimmtes Schema** festlegen. Dies gilt auch für den Fall, dass der Verteidiger zwar in erster Linie seinen Antrag auf Freispruch begründet, hilfsweise aber auch zur Strafzumessung Stellung nehmen will. Belässt es der Verteidiger bei seinen Ausführungen zum Freispruch und verzichtet er auf Hilfsausführungen zur Straffrage, läuft er Gefahr, dass das Gericht wesentliche Strafmilderungsgründe nicht berücksichtigt. Dieses Risiko darf er jedenfalls dann nicht eingehen, wenn die Chancen für einen Freispruch eher schlecht stehen und für den Fall der Verurteilung eine nicht unerhebliche Strafe droht. Eine andere Möglichkeit liegt darin, dass der Verteidiger nach seinen Ausführungen, die den Antrag auf Freispruch begründen sollen, „für den Fall der Verurteilung“ zur Strafzumessung Stellung nimmt. Möglicherweise kann es angebracht sein, zunächst auf die Strafzumessungserwägungen des Staatsanwaltes einzugehen, um dann den beantragten Freispruch in das Zentrum und an das Ende der Ausführungen stellen.

Ohne dass die Bedeutung des sachlichen Gehalts der Verteidigerrede dadurch geschmälert werden soll, ist der Verteidiger gut beraten, sich darüber im klaren zu sein, dass es in der Praxis nicht genügt, die besseren Argumente zu haben; ebenso wichtig ist es, die Argumente mit tauglichen Ausdrucksmitteln vorzutragen. Die Erfahrung lehrt zur Genüge, dass die Wirkung auf den Hörer oft noch weit mehr als von dem was gesagt wird, davon abhängt, wie es gesagt wird. Überzeugend reden, heißt frei reden. Eine verlesene Rede ist langweilig und suggeriert dem Adressaten, dass der Redner das, was er sagen will, sich nicht merken

kann. Dann kann er das Gegenteil aber auch nicht von seinen Zuhörern erwarten. Der Verteidiger muss sich daher für sein Plädoyer auf Gedächtnisstützen, das heißt Stichworte beschränken, weder darf er seinen Vortrag verlesen noch eine schriftlich vorbereitete und auswendig gelernte Rede vortragen.

Wer überzeugen will, muss verstanden werden. Hauptadressat für das Plädoyer ist das Gericht einschließlich der Schöffen. Der Verteidiger muss daher jedes „Fachchinesisch“ vermeiden, auch dann, wenn er sich mit Rechtsfragen auseinandersetzt. Der Verteidiger sollte sich nicht scheuen, in einem solchen Fall speziell die Schöffen anzusprechen, um seine Ausführungen in angemessener Form vorzutragen. Was dem Berufsrichter unmittelbar einleuchtet, kann für den juristischen Laien manchmal schwerverdauliche Kost darstellen. Ein besonderes Kapitel ist die Länge des Plädoyers. Sie kann tödlich sein. Je besser eine Sache steht, umso kürzer kann die Antragsbegründung sein. Es liegt der Schluss nahe, dass eine Sache umso schlechter steht, je länger ein Plädoyer ist. Dieser Meinung setzt sich der Verteidiger aus, wenn sein Plädoyer sich über Gebühr hinzieht. Er soll darauf achten, Wiederholungen zu vermeiden und Nebensächliches nicht auszuwalzen. Die Kurzfassung fordert oft Mut und Selbstvertrauen. Dafür verfehlt sie ihre Wirkung selten.

Das Plädoyer muss übersichtlich und strukturiert sein, auch und gerade wenn es umfangreich ist. Dies kann dadurch erreicht werden, dass den Ausführungen eine Gliederung vorangestellt wird. Die Zuhörer wissen dann was sie erwartet und werden zu gedanklicher Disziplin geführt. Der rote Faden bleibt überdies leichter erhalten, wenn der Verteidiger nach längeren Ausführungen eine Zusammenfassung seiner bisherigen Argumente einfügt.

Zu welchem Zeitpunkt der Verteidiger seine Anträge stellt, kann nicht pauschal beantwortet werden. Hilfsbeweisanträge wollen insbesondere in taktischer Hinsicht überlegt sein. Nebenanträge u.a. zur Frage der Haft, dürfen nicht vergessen werden und sind je nach Lage des Falles zu begründen. Ob konkrete Strafmaßanträge des Verteidigers angebracht sind, ist umstritten. Steht fest, dass der Angeklagte bestraft wird, so hat sich der Verteidiger insbesondere mit den Umständen der Strafzumessung zu beschäftigen. Anknüpfungspunkt ist der Antrag der Staatsanwaltschaft. Insoweit dürfte es am Besten sein, bestimmte Rechtsfolgen anzuregen und bestimmte Obergrenzen dafür zu benennen, was aus der Sicht der Verteidigung noch als tat- und schuldangemessen angesehen werden kann. Vornehmste Pflicht des Verteidigers ist es insoweit, sämtliche Milderungsgründe ins Feld zu führen. Das sollte man sachlich und nüchtern tun, um den peinlichen Eindruck zu vermeiden, das Plädoyer werde nur mit Blick auf den Mandanten, seine Angehörigen oder die Öffentlichkeit gehalten. Der Verteidiger hat nicht zu „Tränen zu rühren“, er hat an das menschliche Verständnis der Richters zu appellieren. Mit Übertreibungen darf er sie nicht gegen den Mandanten einnehmen. Die Strafzumessung ist im Wesentlichen eine Frage des Trichters. Dieser ist aber gehalten, die im Gesetz einzeln aufgezählten

Zumessungsgründe sorgfältig zu prüfen. Dies hat der Verteidiger zu beachten. Da Charakter und Persönlichkeit des Mandanten für die Strafzumessung eine entscheidende Rolle spielen, müssen sie deshalb auch ausführlich im Plädoyer behandelt werden. Der Verteidiger darf keinen Umstand auslassen, der für den Mandanten spricht. Dies ist wichtiger, als mit theoretischen Überlegungen über Sinn und Zweck der Strafe im Allgemeinen zu dozieren, wenn er auch über den Stand der Zumessungslehre und kriminalpolitischen Erkenntnisse unterrichtet sein muss. Vor ihrem Hintergrund muss der Verteidiger seine Verteidigung aufbauen und die ihm am ehesten bekannten Umstände und Beweise einführen. Insbesondere kann eine gut begründete Prognose des Verteidigers über das zukünftige Verhalten seines Mandanten eine günstige Beurteilung durch das Gericht veranlassen. Am Schluss des Plädoyers sollte eine kurze und prägnante Zusammenfassung der wesentlichen Verteidigungsargumente erfolgen.

### **10) Das letzte Wort des Angeklagten**

Gem. § 258 Abs 2 StPO gebührt dem Angeklagten das letzte Wort als sein höchstpersönliches und nicht übertragbares Recht, dessen Sinn darin besteht, auch noch unmittelbar vor der Urteilsberatung und –verkündung für ihn günstige Umstände vorzubringen, ohne befürchten zu müssen unterbrochen zu werden oder noch eine abschließende Erwiderung hinnehmen zu müssen.

Die Entscheidung, ob der Angeklagte auf ein eigenes Schlusswort verzichtet und sich allenfalls den Ausführungen seines Verteidigers anschließt, oder die Möglichkeit und das Recht wahrnimmt, durch eigene Ausführungen noch auf die Entscheidung des Gericht Einfluss zu nehmen, kann nicht generell und vom Einzelfall losgelöst beantwortet werden.

Besonders darf sich der Verteidiger beim „letzten Wort“ des Angeklagten nicht darauf verlassen, der Mandant werde es hier schon richtig machen. Form und Inhalt des Schlusswortes sind stets genau zu überlegen und mit dem Mandanten zu erörtern. Der Eindruck, den der Mandant hinterlässt, kann für das Urteil ausschlaggebend sein. Deshalb ist der Mandant auch schon bei der Vorbereitung der Hauptverhandlung zum letzten Wort entsprechend zu belehren. Der Verteidiger muss sich bemühen, für jeden einzelnen Fall das richtige Maß zu finden und mit dem Auftraggeber vorher festzulegen. Das letzte Wort des Angeklagten, sein Benehmen, seine Stimme, der Ausdruck seines Gesichts gehen gleichsam in das Beratungszimmer mit. Was vor Stunden oder gar Tagen und Wochen in der Hauptverhandlung geschehen ist, haftet begreiflicherweise nicht mehr so gut im Gedächtnis der Beteiligten, wie das eben erlebte Verhalten des Angeklagten am Ende der Verhandlung.

Steht die Schuld fest, so ist es wenig sinnvoll, wenn der Angeklagte im Schlusswort seine Schuld leugnet und etwa, wie man das häufig erlebt, Belastungszeugen angreift und sich dadurch eine Strafmilderung verbaut, auf die der Verteidiger plädiert hat. Genauso misslich ist es, wenn der

Angeklagte um milde Beurteilung bittet, falls der Verteidiger Freispruch beantragt hat, weil die Schuld nicht nachgewiesen ist.

### **11. Rechtsmittelverzicht**

Es ist die Gewohnheit vieler Vorsitzender, nach der Rechtsmittelbelehrung einen Rechtsmittelverzicht (§ 302 StPO) zu erörtern oder dem Angeklagten gar nahe zulegen.

Immer wieder fühlen sich Mandanten, die einen Rechtsmittelverzicht abgegeben haben, überrumpelt. Daran ändert sich auch nichts, wenn dem Angeklagten ein Merkblatt über die Rechtsmittel ausgehändigt wird. In diesem Moment kann der Betroffene das Merkblatt ebenso wenig in Ruhe lesen, wie er das Für und Wider des Rechtsmittelverzichts zu überschauen vermag. Es wird immer wieder übersehen, dass der Angeklagte unter dem Eindruck der Verhandlung und des Urteils zu leicht resigniert. Er befindet sich in einer Situation, in der er zu klarer Überlegung nicht fähig ist. Der Verteidiger kann übereilte Verzichtserklärungen verhindern. Er weiß, dass es kaum einmal gelingt, einen Rechtsmittelverzicht mit Erfolg rückgängig zu machen. Der Verteidiger muss darauf bestehen, dass der Mandant das Urteil nicht anerkennt, ohne vorher mit seinem Verteidiger gesprochen zu haben. Die Besprechung sollte allerdings nicht im Gerichtssaal stattfinden. Gelegentlich kann man in der Beratungspause mit dem Auftraggeber vorweg erörtern, unter welchen Voraussetzungen ein Rechtsmittelverzicht in Betracht kommt, zum Beispiel wenn die Bestrafung feststeht und es nur um die Höhe der Strafe geht. Sonst ist das Urteil abzuwarten. Die Belehrung des Mandanten muss eingehend sein und die Vor- und Nachteile des sofortigen Rechtsmittelverzichts sorgsam gegenüberstellen. Die Erfahrung zeigt, dass man die Entscheidung über den Rechtsmittelverzicht nicht über das Knie brechen sollte. Im Zweifel ist es richtiger, die Rechtsmittelfrist zu ruhiger Überlegung auszunutzen. Auf keinen Fall darf der Verteidiger den Mandanten zu einem unverzüglichen Verzicht drängen. Der Mandant kann erwarten, dass sich auch der vielbeschäftigte Verteidiger innerhalb der Rechtsmittelfrist genügend Zeit nimmt, die Rechtsmittelaussichten zu besprechen.

### **Nebenklage**

Durch das Justizmodernisierungsgesetz wurde die Möglichkeit **Privatklage** durchzuführen erweitert, um die Straftatbestände der Vertraulichkeit des Wortes (§ 201 StGB) sowie um den Vollrausch Tatbestand des § 323a StGB, soweit die zugrunde liegende Rauschtat ein Privatklagedelikt ist.

### **Das Anhörungsrüggengesetz<sup>26</sup> in der verkehrsrechtlichen Praxis**

Anders jedoch als andere Gesetze der letzten Jahre ist das Anhörungsrüggengesetz nicht aus gesetzgeberischem Aktionismus heraus

---

<sup>26</sup> BGBl I, 2004, 3220

entstanden, sondern schließt vielmehr Lücken in verschiedenen Gesetzen und beantwortet damit eine wichtige Frage, die in der Vergangenheit zu großen Unsicherheiten in der Praxis führte: „Wie ist in gerichtlichen Verfahren mit Verletzungen rechtlichen Gehörs umzugehen?“.

### **2.1. Ausgangspunkt des Anhörungsrügensgesetzes**

Das am 1.1.2005 in Kraft getretene Anhörungsrügensgesetz geht zurück auf eine Entscheidung des BVerfG vom 30.4.2003<sup>27</sup>, in der insbesondere folgendes festgestellt wurde: „Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, das Rechtssystem näher auszuformen und insbesondere die prozessualen Voraussetzungen für Rechtsmittel und Rechtsbehelfe festzulegen. Die Verfahrensordnung ist so auszugestalten, dass effektiver Rechtsschutz für den einzelnen Rechtssuchenden besteht, aber auch Rechtssicherheit hergestellt wird...Das Grundgesetz sichert rechtliches Gehör im gerichtlichen Verfahren durch das Verfahrensgrundrecht nach Art. 103 Abs. 1 GG. Insbesondere sichert es, dass die Parteien mit ihren Ausführungen gehört werden. Dementsprechend bedeutsam für den Rechtsschutz ist die Möglichkeit der Korrektur fehlerhafter Verweigerung rechtlichen Gehörs. Erst die Beseitigung eines solchen Fehlers eröffnet das rechtliche Gehör im Verfahren. Wer bei Gericht formell ankommt, soll auch substantiell ankommen also wirklich gehört werden....Wird das Verfahrensgrundrecht aus Art. 103 Abs. 1 GG verletzt, so geschieht dieser Fehler unabhängig von dem Anlass, der zur Einleitung des Gerichtsverfahrens geführt hat...Es entspricht dem Rechtsstaatsprinzip, wenn die Prüfung von gerichtlichen Gehörsverstößen und ihre Beseitigung in erster Linie durch die Fachgerichte erfolgen... Der Gesetzgeber ist nicht gehalten, die Anrufung einer weiteren Instanz vorzusehen...,sofern er eine angemessene Kontrolle der Verletzung des Verfahrensgrundrechts anderweitig vorsieht...Dem Gesetzgeber wird aufgegeben, bis zum 31.12.2004 eine Lösung zu finden...“.

### **2.2. Verletzung rechtlichen Gehörs**

Materielle Voraussetzung aller neuen Vorschriften ist die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör in entscheidungserheblicher Weise. Dies ist der Fall, wenn und soweit die Gehörsverletzung sich auf das Ergebnis der Entscheidung ausgewirkt hat<sup>28</sup>. Hätte der Betroffene nichts anderes vortragen können, sich also nicht anders verteidigen können, als er tatsächlich bereits vorgetragen hat oder ist es sonst ausgeschlossen, dass das Gericht bei ordnungsgemäßer Anhörung anders entschieden hätte, ist der Gehörsverstoß nicht entscheidungserheblich<sup>29</sup>. Ein vorsichtiger Rechtsanwalt wird daher stets ausführlich nicht nur zur Gehörsverletzung, sondern auch und vor allem zur Entscheidungserheblichkeit vortragen: Was hätte er im Falle rechtlichen

---

<sup>27</sup> BVerfGE 107, 359 = NJW 2003, 1924

<sup>28</sup> BT-Drucksache 15/3707, S. 17; ausführlich zur Entscheidungserheblichkeit: Zöller/Vollkommer, ZPO-Kommentar, 24.Aufl. 2004, § 321a ZPO, Rn. 10

<sup>29</sup> Burhoff, PA 2005, 13 auch bei [www.burhoff.de](http://www.burhoff.de); Musielak, ZPO-Kommentar, 4. Aufl. 2005, § 321a Rn. 6

Gehörs noch vorzutragen gehabt? Anerkannt sind insbesondere folgende Fallgruppen der Verletzung rechtlichen Gehörs<sup>30</sup>:

- so genannte „Pannenfälle“ = unbeabsichtigte Verstöße
- Präklusionsfälle = Äußerungsrecht der Parteien / Beteiligten wird bewusst durch fehlerhafte Rechtsanwendung verkürzt
- Hinweissfälle = Verstoß gegen im Einzelfall bestehende richterliche Hinweispflichten
- Unrichtigkeitsfälle = offenbare Unrichtigkeiten / Widersprüche

### 2.3. § 33a StPO

§ 33a StPO existierte bereits in anderer Fassung und wurde durch das Anhörungsrügensgesetz neu gefasst; die Vorschrift ist auch im Bußgeldverfahren (§ 46 Abs. 1 OWiG) und im Jugendgerichtsverfahren anwendbar. Nach § 33a StPO wird einem Beteiligten nachträglich rechtliches Gehör gewährt, wenn bei einer Entscheidung Tatsachen oder Beweisergebnisse verwertet wurden, zu denen der Betroffene nicht gehört wurde. Nach der Neufassung des § 33a StPO ist jetzt entscheidend, dass der gesamte Anspruch eines Betroffenen auf rechtliches Gehör verletzt worden ist – nach der alten Fassung war dies eingeschränkt auf Tatsachen und Beweisergebnisse. Unter folgenden Voraussetzungen kann nunmehr ein Verfahrensbeteiligter mit einer Anhörungsrüge Erfolg haben:

- Tauglicher Verfahrensgegenstand: Beschluss (nicht: Urteil)
- Formelle Voraussetzungen:
  - Keine Beschwerdemöglichkeit, kein anderer Rechtsbehelf
  - Zuständiges Gericht: Gericht der angefochtenen Entscheidung
  - Inhaltliche Bestimmtheit im Falle eines Antrags (keine gesetzliche Forderung, aber aus anwaltlicher Vorsicht stets geboten)
- Materielle Voraussetzungen:
  - Verletzung rechtlichen Gehörs in entscheidungserheblicher Weise
  - Beschwer durch Gehörsverletzung ist noch gegenwärtig

Zu beachten ist, dass die Entscheidung nach § 33a StPO auch ohne Antrag, also von Amts wegen veranlasst sein kann. Formerfordernisse stellt § 33a StPO nicht auf; es ist jedoch natürlich aus anwaltlicher Vorsicht geboten, den Grund der Gehörsverletzung näher darzulegen, damit überhaupt klar ist, was gerügt werden soll. Ziel jeder Verteidigung muss einmal mehr sein, den Richter durch überzeugende Darlegungen auf seine Seite zu ziehen. Folge der erfolgreichen Gehörsrüge ist, dass das Verfahren durch Beschluss in die Lage zurückversetzt wird, die vor Erlass der Entscheidung bestand. Führt der Beschluss zu einer Vollstreckung gegen den im rechtlichen Gehör verletzten Beteiligten, so

---

<sup>30</sup> im einzelnen hierzu: Zöller/Vollkommer, ZPO-Kommentar, 24. Aufl. 2004, § 321a ZPO, Rn. 6-9

wird die Vollstreckung zwar nicht gehemmt, doch kann ein Vollstreckungsaufschub angeordnet werden, §§ 33a S. 2, 47 StPO.

Soweit der Angeklagte sich bei Erlass der Revisionsentscheidung in Untersuchungshaft befunden hat, solle der alte Haftbefehl wieder aufleben. Allerdings ist dieser Haftbefehl durch die Revisionsentscheidung erloschen bzw. gegenstandslos. Dies ist auf jeden Fall so, wenn die tatsächliche Vollstreckung einer Haft durch die Staatsanwaltschaft bereits eingeleitet wurde. Burhoff<sup>31</sup> ist der Auffassung, dass das OLG bzw. der BGH in diesen Fällen über die Untersuchungshaft entscheiden müsste. Nach § 356a Satz 4 StPO kann das Revisionsgericht einen Aufschub der Vollstreckung anordnen.

Im Jugendverfahren ist die Regelung des § 356a StPO über § 55 Abs. 4 JGG ansprechend anzuwenden.

**Musterschreiben 1: Antrag gem. §§ 46 Abs. 1 OWiG, 33a StPO nach Einstellung gem. § 47 OWiG**

In der Bußgeldsache

gegen .....

wird beantragt,  
das Verfahren gem. §§ 46 Abs. 1 OWiG, 33a StPO in die Lage zurückzusetzen, in der es sich vor dem Erlass des Beschlusses vom ..... über die Einstellung nach § 47 OWiG befand.

Begründung:

Das Gericht hat im Rahmen der Beschlussfassung am ..... den Anspruch des Betroffenen auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt. Nach Vernehmung des Messbeamten PHK V. und Feststellung eines unvollständigen Messprotokolls hat das Gericht seinen Unmut über die Verfahrenssituation zum Ausdruck gebracht und dann wörtlich erklärt „dann werde eben eingestellt“. Das Gericht hat daraufhin – ohne dem Betroffenen und dem Verteidiger Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben einen Beschluss gem. § 47 OWiG über die Verfahrenseinstellung verkündet, wobei die notwendigen Auslagen des Betroffenen trotz erkennbarer „Freispruchreife“ nicht der Staatskasse auferlegt worden sind. Der Verteidiger hätte gerade hierauf jedoch im Rahmen einer Stellungnahmegelegenheit hingewiesen und ausdrücklich ein freisprechendes Urteil beantragt. Dies soll nun nach erfolgreicher Gehörsrüge erfolgen.

Rechtsanwalt

---

<sup>31</sup> Burhoff, ZAP Fach 22, 409 = 2005, 409

## **Musterschreiben 2: Antrag nach § 33a StPO nach Einstellung nach § 153a StPO**

In der Strafsache  
gegen ....

wird beantragt,  
das Verfahren gem. § 33a StPO in die Lage zurückzusetzen, in der es sich vor dem Erlass der Beschlüsse vom ..... und vom .... über die vorläufige bzw. endgültige Einstellung nach § 153a StPO befand.

Begründung:

Das Gericht hat den Anspruch des Angeklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt. Zwar ist es der hiesigen Anregung einer Verfahrenseinstellung nach § 153a StPO nachgekommen, doch ist der Verteidigung und dem Angeklagten keinerlei Mitteilung von dem nunmehr bekannt gewordenen und noch vor dem Beschluss über die vorläufige Einstellung zur Gerichtsakte gelangten Ergebnis der polizeilichen Wahllichtbildvorlage gemacht worden. Der Angeklagte, der immer seine Täterschaft in Abrede gestellt hat, ist lediglich aus ökonomischen Gründen mit einer Verfahrenseinstellung nach § 153a StPO einverstanden gewesen. Hätte das Gericht nach Eingang des Ergebnisses der Wahllichtbildvorlage, bei der der Angeklagte von keinem der Insassen aus dem Fahrzeug des Anzeigeerstatters wiedererkannt wurde sofort erfahren, hätte er einer Einstellung nie zugestimmt und natürlich auch keinerlei Zahlungen im Rahmen des § 153a StPO geleistet. Der Angeklagte wäre nämlich – hierauf hätte der Angeklagte und die Verteidigung natürlich hingewiesen - freizusprechen gewesen. Eben dies ist nunmehr Ziel der Verteidigung nach erfolgreicher Gehörsrüge.

Rechtsanwalt

### **2.4. § 356a StPO**

Der neu geschaffene § 356a StPO verdrängt als speziellere Vorschrift in der Revision § 33a StPO<sup>32</sup>. Über § 79 Abs. 3 OWiG ist die Vorschrift im Bußgeldverfahren, über § 55 Abs. 4 JGG im Jugendgerichtsverfahren anwendbar. Voraussetzungen der Beschlussfassung nach § 356a StPO sind:

- Tauglicher Verfahrensgegenstand: Revisionsentscheidung (bzw. Rechtsbeschwerdeentscheidung)
- Formelle Voraussetzungen:
  - Zuständiges Gericht: Gericht der angefochtenen Entscheidung
  - Antrag

---

<sup>32</sup> Treber, NJW 2005, 97, 100

- Schriftform oder Antrag zu Protokoll der Geschäftsstelle des Revisionsgerichts
- Antragsfrist: 1 Woche seit Kenntniserlangung von Gehörsverletzung
- Inhaltliche Begründung
- Glaubhaftmachung des Zeitpunktes der Kenntniserlangung von Gehörsverletzung
- Materielle Voraussetzung:  
Verletzung rechtlichen Gehörs in entscheidungserheblicher Weise

Was die für den Fristbeginn maßgebliche Kenntnis von der Gehörsverletzung angeht, so muss sich diese nur auf die tatsächlichen Umstände beziehen<sup>33</sup>. An die vom Gesetz geforderte inhaltliche Begründung sollen nach dem Willen des Gesetzgebers keine hohen Anforderungen gestellt werden<sup>34</sup>; es bleibt sicher abzuwarten, ob dies die Oberlandesgerichte beherzigen werden. Folge der erfolgreichen Gehörsrüge ist auch hier, dass das Verfahren in die Lage zurückversetzt wird, die vor Erlass der Entscheidung bestand. Führt die Revisionsentscheidung (wie es oft der Fall sein dürfte) zu einer Vollstreckung gegen den im rechtlichen Gehör verletzten Beteiligten, so wird die Vollstreckung zwar nicht gehemmt, doch kann ein Vollstreckungsaufschub angeordnet werden, §§ 356a S. 4, 47 StPO. Mit erfolgreicher Anhörungsrüge entfällt die Rechtskraft der Revisionsentscheidung<sup>35</sup>.

Folgen einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör nach § 356a StPO ist, dass das Verfahren auf Antrag durch Beschluss in die Lage versetzt wird, die vor dem Erlass der Entscheidung bestand (Frist: Wird die Entscheidung in Anwesenheit des Betroffenen verkündet, beginnt die Frist in der Regel mit der Verkündung).

Mit der Rückversetzung entfällt bei Revisionsentscheidungen die Rechtskraft. Dies gilt allerdings nur, soweit die Entscheidung von der Verletzung des rechtlichen Gehörs betroffen ist. In diesen Fällen ist auch eine eventuell begonnene Vollstreckung zu unterbrechen.

Soweit der Angeklagte sich bei Erlass der Revisionsentscheidung in Untersuchungshaft befunden hat, solle der alte Haftbefehl wieder aufleben. Allerdings ist dieser Haftbefehl durch die Revisionsentscheidung erloschen bzw. gegenstandslos. Dies ist auf jeden Fall so, wenn die tatsächliche Vollstreckung einer Haft durch die Staatsanwaltschaft bereits eingeleitet wurde. Burhoff<sup>36</sup> ist der Auffassung, dass das OLG bzw. der BGH in diesen Fällen über die Untersuchungshaft entscheiden müsste. Nach § 356a Satz 4 StPO kann das Revisionsgericht einen Aufschub der Vollstreckung anordnen.

---

<sup>33</sup> BT-Drucks. 15/3706, S. 18

<sup>34</sup> BT-Drucksache 15/3706, S. 18

<sup>35</sup> zu möglichen weiteren Folgen: Burhoff, PA 2005, 13 auch bei [www.burhoff.de](http://www.burhoff.de);

<sup>36</sup> Burhoff, ZAP Fach 22, 409 = 2005, 409

Im Jugendverfahren ist die Regelung des § 356a StPO über § 55 Abs. 4 JGG ansprechend anzuwenden.

Über §§ 46 Abs. 1, 79 Abs. 3 OWiG gilt § 356a StPO auch im Verfahren über Ordnungswidrigkeiten. Von Bedeutung ist aber auch eine Änderung von § 79 OWiG: Der Tatrichter darf gegen den Widerspruch nicht ohne Hauptverhandlung entscheiden. Nach § 79 Abs. 1 Nr. 5 OWiG gilt für eine Verletzung des rechtlichen Gehörs im Beschlussverfahren jetzt auch die Wochenfrist des § 79 Abs. 3 i.V.m. § 341 StPO.

### **Musterschreiben: Antrag nach § 356a StPO**

In der Strafsache

gegen ...

wird beantragt,  
gemäß § 356a StPO das Verfahren in den Stand vor Erlass der Entscheidung des Oberlandesgerichtes vom ... zu versetzen.

#### **Begründung:**

Das Oberlandesgericht hat den Anspruch des Angeklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt.

Das Amtsgericht ..... hatte den Angeklagten durch Urteil vom .... wegen vorsätzlicher Trunkenheit im Straßenverkehr (§ 316 Abs. 1 StGB) verurteilt und seine Fahrerlaubnis unter Sperrfristanordnung entzogen.

Hiergegen habe ich für den Angeklagten (Sprung-)Revision eingelegt.

Die Akte wurde durch Staatsanwaltschaft und die Generalstaatsanwaltschaft dem erkennenden Senat übersandt und zwar mit dem näher begründeten Antrag der Generalstaatsanwaltschaft die Revision zu verwerfen.

Genau dieses ist durch die angefochtene Entscheidung auch geschehen.

Die Geschäftsstelle des Oberlandesgerichts hat aber tatsächlich nicht die Stellungnahme, wie es § 349 Abs. 3 StPO fordert dem Angeklagten und Verteidiger zur Stellung übersandt; von hieraus wäre zu dem Antrag dezidiert Stellung genommen worden. Telefonische Rücksprache mit der zuständigen Geschäftsstelle des Oberlandesgerichts hat ergeben, dass eine Übersendung der Stellungnahme der Generalstaatsanwaltschaft weder verfügt wurde, noch ein sogenannter „Ab-Vermerk“ sich in der Akte befindet.

Es wird daher nicht erstaunen, dass hier am .... der Eingang des angefochtenen Verwerfungsbeschlusses mit Verwunderung zur Kenntnis genommen wurde. Eine eidesstattliche Versicherung der hiesigen Büroangestellten ... und des Verwerfungsbeschlusses mit aufgestempeltem Eingangsdatum sind zur Glaubhaftmachung des Zeitpunktes der Kenntniserlangung von der Gehörsverletzung beigelegt.

Rechtsanwalt

### **Gesetz über die Verwendung elektronischer Kommunikationsformen in der Justiz (Justizkommunikationsgesetz)**

Das Justizkommunikationsgesetz vom 22. März 2005<sup>37</sup> ist am 1. April 2005 in Kraft getreten. Das Gesetz soll eine umfassende elektronische Aktenbearbeitung innerhalb des Gerichts ermöglichen. Durch das Gesetz zur Reform des Verfahrens bei Zustellungen im gerichtlichen Verfahren (ZustRG) vom 25. Juni 2001<sup>38</sup> und das Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften der Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Geschäftsverkehr (FormVorAnpG) vom 13. Juli 2001<sup>39</sup> wurden die rechtlichen Grundlagen für die Einreichung elektronischer Schriftsätze bei Gericht einerseits und für elektronische Zustellungen an einen bestimmten Personenkreis durch das Gericht andererseits geschaffen. Das JKomG will die noch bestehende Lücke schließen und die Einführung der elektronischen Akte ermöglichen (sog. digitaler Workflow). Kernstück des JKomG sind Regelungen über elektronische Akten in nahezu sämtlichen Verfahrensordnungen (mit Ausnahme der StPO).

Nach § 41a StPO können elektronische Dokumente bei Gericht und Staatsanwaltschaft zugelassen werden, die mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen sind oder für die ein sicheres Zugangsverfahren zugelassen worden ist. Von den elektronischen Daten wird jedoch sofort eine Hardcopy gezogen. Elektronische Aktenführung ist nicht möglich. Das Formerfordernis nach dem SignaturG gilt allerdings nur für Eingaben, bei denen ein Antrag nach den Bestimmungen der StPO schriftlich gestellt oder unterschrieben werden muss – etwa Rechtsmittel oder Einspruch, Wiederaufnahmeanträge oder Revisionsrechtfertigungen.

## **OWiG**

Im OWiG ist es ebenfalls möglich, formgebundene Erklärungen als elektronische Dokumente gem. § 110a OWiG einzureichen. Im Bußgeldverfahren können die Akten elektronisch geführt werden. Der neue § 110c OWiG erhält eine dem § 130b ZPO entsprechende Regelung über gerichtliche Dokumente. Nach § 110d Abs. 2 OWiG kann eine elektronische Akteneinsicht durch Wiedergabe auf dem Bildschirm oder durch Aktenausdruck erfolgen. Der Verteidiger kann direkt aus seiner Kanzlei elektronische Akteneinsicht nehmen. Die elektronisch geführte Akte wird in diesen Fällen die alleinige Grundlage des Verfahrens.

§ 298a Abs. 2 ZPO gilt auch im OWiG-Verfahren: Schriftstücke werden zur Ersetzung der Urschrift in ein elektronisches Dokument übertragen. Dabei muss vermerkt werden, wann, durch wen die Urschrift übertragen wurde. Bis zum Abschluss des Verfahrens sind die Urschriften so aufzubewahren, dass sie auf Aufforderung innerhalb einer Woche vorgelegt werden können. Maßgeblich für das Verfahren ist jedoch die elektronische Akte – allerdings ist der Gegenbeweis möglich.

Die Urschrift kann allerdings bereits vor Abschluss des Verfahrens vernichtet werden, wenn das elektronische Dokument zusätzlich zu dem

---

<sup>37</sup> BGBl. I S. 837

<sup>38</sup> BGBl. I S. 1206

<sup>39</sup> BGBl. I S. 1542

Vermerk nach § 100b Abs. 2 Satz 2 mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz versehenen versehen wird und zusätzlich den Vermerk enthält, dass die Wiedergabe auf dem Bildschirm mit der Urschrift inhaltlich und bildlich übereinstimmt, sowie der Bestätigung, dass die Urschrift bei der Übertragung als Original oder in Abschrift vorgelegen hat.

Für Urschriften, die als Beweismittel von Bedeutung sind oder der Einziehung oder dem Verfall unterliegen, die deshalb in Verwahrung zu nehmen sind, gilt dies jedoch nicht.

Die Vorschriften müssen allerdings noch durch entsprechende Rechtsverordnungen der Bundesregierung und der Landesregierungen jeweils für ihren Zuständigkeitsbereich „aktiviert“ werden. Da dies - jedenfalls auf Länderebene - derzeit noch nicht absehbar ist, wird sich für den Gerichtsalltag bis auf weiteres nur wenig ändern. Bereits seit Inkrafttreten des JKomG können allerdings gerichtliche Schriftstücke, die der Unterschrift bedürfen, durch ein elektronisches Dokument ersetzt werden, das den Namen des Verfassers aufweist und mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen ist. Auch die Beweiskraft elektronischer Dokumente ist nun geregelt: Private elektronische Dokumente mit qualifizierter elektronischer Signatur werden in ihrer Beweiskraft privaten Urkunden gleichgestellt; bei qualifiziert signierten „öffentlichen elektronischen Dokumenten“ einer Behörde findet die Echtheitsvermutung des § 437 ZPO Anwendung. Schließlich werden die Prozessordnungen in sprachlicher Hinsicht aktualisiert: Statt „Vordrucken“ gibt es zukünftig „Formulare“, statt „Schriftstücken“ nunmehr „Dokumente“, und die „Übersendung“ wird zur „Übermittlung“.

Besonders hinzuweisen ist allerdings auf drei Änderungen, die erst im Laufe der Beratungen im Bundestag in das JKomG eingefügt worden sind:

- Zum einen betrifft dies die Vorschrift des § 115 ZPO, die mit dem JKomG eigentlich nichts zu tun hat. Die Norm regelt den Einsatz von Einkommen und Vermögen im Verfahren über Prozesskostenhilfe. Mit der Änderung ist eine Reparatur der Vorschrift vorgenommen worden, die durch einen gesetzgeberischen Fehlgriff bei der sog. Hartz-IV-Reform verursacht worden ist; durch eine fehlerhafte Verweisung auf Änderungen im sozialrechtlichen Bereich sind seit dem 1. Januar 2005 wesentlich mehr Bürger zum Bezug von Prozesskostenhilfe berechtigt gewesen, so dass es zu deutlichen Mehrbelastungen der Länderhaushalte gekommen sein dürfte. Die Neuregelung stellt im Wesentlichen die bis zum 31. Dezember 2004 geltende Rechtslage wieder her, so dass nunmehr wieder - mit gewissen „Sicherheitsaufschlägen“ - der pauschalierte sog. einmalige Bedarf in der Sozialhilfe und eine Kappungsgrenze für die Anrechnung des Mehrbedarfs Erwerbstätiger gelten.<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> Mit Wirkung ab 1. April 2005 ist auch die Zweite Prozesskostenhilfebekanntmachung 2005 vom 23. März 2005 (BGBl. I S. 924) in Kraft getreten. Danach betragen die Unterhaltsfreibeträge für die Partei und ihren Ehegatten oder Lebenspartner (§ 115 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 Buchstabe a ZPO) 380,- Euro und für jede weitere Person, der die Partei auf Grund gesetzlicher

- Zum zweiten dürfen die Gerichte nunmehr anstelle der Gerichtstafel einen öffentlich zugänglichen Computer aufzustellen, auf dem die Tafel-Informationen bereitgehalten werden.
- Zum dritten ist schließlich in § 317 ZPO ein neuer Absatz 5 eingefügt worden, wodurch künftig die Erteilung von Urteilsausfertigungen und Beschlüssen per Telekopie, insbesondere durch Computerfax ermöglicht wird. Diese Möglichkeit besteht auch für das Bußgeldverfahren. Rechtsanwälte sollten sich daher nicht wundern, wenn ihnen die Gerichte künftig Urteile per Computerfax, d.h. mit eingescannter Unterschrift und eingescanntem Gerichtssiegel zustellen. Das Empfangsbekennnis kann dann aber gemäß § 174 Abs. 4 ZPO ebenfalls auf elektronischem Weg übersandt werden.

#### **IV. Der Verteidiger im Rechtsmittelverfahren**

Urteile können innerhalb von einer Woche ab Zustellung der Entscheidung angefochten werden können, wenn der Angeklagte in der Hauptverhandlung nicht zugegen war (Strafbefehlverfahren oder Bußgeldverfahren). Die Frist beträgt jedoch eine Woche ab Verkündung, wenn der Angeklagte durch einen Verteidiger mit schriftlicher Vollmacht in der Hauptverhandlung vertreten war.

Erleichtert wurde auch in Verfahren vor dem Amtsgericht die Möglichkeit, in das Strafbefehlverfahren überzugehen und damit in Fällen, in denen die Durchführung der Hauptverhandlung durch ein Ausbleiben des Angeklagten erschwert wird, zu einer Entscheidung zu kommen. Gemäß § 408a StPO kann die Staatsanwaltschaft jetzt auch mündlich einen Antrag auf Erlass eines Strafbefehls in der Hauptverhandlung stellen. Gemäß § 418 StPO ist auch in beschleunigten Verfahren der Übergang in das Strafbefehlverfahren entsprechend § 408a StPO möglich.

#### **Strafbefehlverfahren.**

Nach einem Strafbefehl kann der Angeklagte den Einspruch auf die Höhe des einzelnen Tagessatzes beschränken. Das Gericht kann dann mit Zustimmung des Verteidigers ohne Hauptverhandlung durch Beschluss entscheiden hierbei gilt die *reformatio in peius* ein durchaus sinnvolles Ergebnis. Allerdings auch dieses Ergebnis ist mit weniger Hauptverhandlung verbunden.

#### **Beratung über Rechtsmittel**

Die Beratung über Rechtsmittel spielt in der Praxis eine große Rolle. Ist eine ungünstige Entscheidung ergangen, so will der Mandant wissen, was der Verteidiger von der Anfechtung hält. Er will hören, welches Rechtsmittel in Betracht kommt und ob es Aussicht auf Erfolg bietet. Dabei interessiert den Mandanten nicht so sehr der juristische Weg, auf dem der Verteidiger das Ergebnis findet, sondern das Ergebnis selbst.

---

Unterhaltungspflicht Unterhalt leistet (§ 115 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 Buchstabe b ZPO) 266,- Euro sowie der sog. Erwerbstätigenfreibetrag (§ 115 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 Buchstabe b ZPO) 173,- Euro.

Diese Einstellung ist verständlich, sie darf jedoch den Verteidiger nicht abhalten, die Erfolgsaussichten sorgfältig zu prüfen. Für die erste vorläufige Beratung kann der Verteidiger die Notizen aus der mündlichen Urteilsbegründung verwenden. Er muss sich dann allerdings die genaue Prüfung anhand der schriftlichen Urteilsgründe vorbehalten.

Die vorsorgliche Einlegung eines Rechtsmittels erweckt beim Mandanten leicht den Eindruck, der Verteidiger halte die Sache auf jeden Fall für aussichtsreich. Ergibt die Nachprüfung das Gegenteil, so fehlt es vielen Mandanten an der Einsicht, das Rechtsmittel zurückzunehmen. Auch der Zusammenhang mit einem Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft ist zu berücksichtigen. Rechtsmittel des Angeklagten können dazu führen, dass der Staatsanwalt ebenfalls die nächste Instanz anruft. Das ist besonders gefährlich, weil bei Berufung und Revision dann das Verbot der reformatio in peius entfällt. Daher ist der Zeitpunkt der Rechtsmitteleinlegung genau abzuwägen, damit möglichst das Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft nicht provoziert wird. Der Verteidiger wird die Rechtsmittelfrist insoweit ausnutzen, falls durch sofortige Anfechtung das Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft veranlasst würde. In diesen Fällen ist es am besten, wenn die Rechtsmittelfrist spät am Tag des Fristablaufs bei Gericht eingeht.

### **Überblick über die förmlichen Rechtsbehelfe**

a) Die Rechtsmittel

aa) Die Berufung gemäß §§ 312 ff. führt zu einer vollständigen Überprüfung von Tat- und Rechtsfrage, auf die Revision hin überprüft das Revisionsgericht das Urteil und das ihm zugrundeliegende Verfahren auf Rechtsfehler, §§ 333 ff. Beide richten sich gegen Urteile und haben Devolutiv- und Suspensiv-effekt, bringen also die Sache in die nächste Instanz und hemmen den Eintritt der Rechtskraft. Beide Rechtsmittel sind binnen einer Frist von einer Woche beim Ausgangsrichter, dem »iudex a quo«, einzulegen, §§ 314, 341. Dies hat schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle zu erfolgen. Die Anforderungen an Ersteres sind seit langem geklärt. Die Erklärungen zu Protokoll können nach einem zustimmungswürdigen Urteil des LG Münster formwirksam auch telefonisch abgegeben werden.

Der Rechtsmittelführer muss aus dem Tenor beschwert sein, so dass ein Urteil nicht angegriffen werden kann, das den Angeklagten freispricht, auch wenn die Urteilsgründe sich hierfür auf dessen Schuldunfähigkeit berufen (was für diesen eine immense Belastung darstellen kann). Ebenso unangreifbar ist ein freisprechendes Urteil in Anwendung des Grundsatzes »in dubio pro reo« mit dem Wunsch, wegen »erwiesener Unschuld« freigesprochen zu werden.

Die **Staatsanwaltschaft** ist stets bei einem aus ihrer Sicht »falschen« Urteil beschwerdebefugt, also nicht etwa nur bei einem Freispruch und selbst dann, wenn antragsgemäß entschieden wurde, nachträgliche Erkenntnisse oder Würdigungen von Rechtsfragen aber eine andere Auffassung rechtfertigen.

Der **Nebenkläger** ist eigenständige Partei des Verfahrens, er kann unabhängig von der Staatsanwaltschaft Rechtsmittel einlegen, § 401. Zu beachten ist die Annahmeveraussetzung bei einem Strafmaß von einschließlich 15 Tagessätzen, § 313, die im Bereich von Bagatellkriminalität die Durchführung einer vollständigen zweiten Tatsacheninstanz verhindern soll.

Ein weiteres Rechtsmittel ist die Beschwerde, die statthaft ist gegen gerichtliche Beschlüsse und Verfügungen, § 304. Da der Ausgangsrichter der einfachen Beschwerde abhelfen kann, hat diese einen sog. beschränkten Devolutiveffekt, § 306 Abs. 2. Mit Ausnahme der Anordnung in § 307 Abs. 2 hat die Beschwerde keinen Suspensiveffekt, § 307 Abs. 1.

#### **bb) Die Rechtsmittelbeschränkung**

Nach § 318 kann die Berufung auf bestimmte Beschwerdepunkte beschränkt werden, nach §§ 344 Abs. 1, 352 Abs. 2 hat etwa der Beschwerdeführer einer Revision anzugeben, inwieweit er das Urteil anfechtet. Die Beschränkung ist für das Revisionsgericht bindend, es hat sich einer Überprüfung der nicht angefochtenen Teile des angefochtenen Urteils zu enthalten. Gemäß § 327 tritt im übrigen Rechtskraft ein.

Die Beschränkung ist aber nur bzgl. abtrennbarer Teile des Urteils möglich. Maßgebend ist die sog. Trennbarkeitsformel, wonach eine Aufspaltung des Verfahrensstoffes nur möglich ist, wenn das Verfahren mehrere Taten i.S.d. § 264 erfasst bzw. wenn innerhalb einer prozessualen Tat mehrere realkonkurrierende (§ 53 StGB) Taten getrennt werden können. Umfasst eine Trunkenheitsfahrt mehrere Ereignisse, die in Tatmehrheit stehen (Verkehrsunfall, unerlaubtes Entfernen vom Unfallort), ist eine getrennte Beurteilung wegen der kontinuierlichen Alkoholisierung aber nicht zulässig. Auch dürfen Straftatbestände, die im Idealverhältnis des § 52 StGB stehen, prozessual nicht auseinandergerissen werden.

Die Beschränkung auf den Rechtsfolgenausspruch ist möglich, in diesen Fällen wird der Schuldspruch rechtskräftig. Allerdings begründen die Feststellungen zur Tat, insb. zur subjektiven Seite, eine unverzichtbare Voraussetzung für die Bestimmung einer schuld- und tatangemessenen Rechtsfolge. Sind die Feststellungen so knapp, unvollständig, unklar oder widersprüchlich, dass sie keine verlässliche Grundlage für die Strafbestimmung bilden, ist die Beschränkung unzulässig, was das Rechtsmittelgericht von Amts wegen prüft.

Ist die Beschränkung fehlerhaft erfolgt, ist nicht etwa das Rechtsmittel unzulässig, sondern die Beschränkung gegenstandslos. Bei Angeklagten, die keinen Verteidiger haben, ist die Erklärung über die Beschränkung des Rechtsmittels mit Vorsicht zu genießen: Das Revisionsgericht prüft die Wirksamkeit der Rechtsmittelbeschränkung von Amts wegen. Um deutlich zu machen, dass der Angeklagte die weitreichenden Folgen dieses Verzichts tatsächlich erfasst hat, sollte der Vorsitzende diese Folge ausdrücklich ansprechen und das Ergebnis protokollieren lassen.

cc) Das Verschlechterungsverbot

Ist ein Verurteilter mit dem Urteil unzufrieden, soll er unbeeinflusst abwägen können, ob er die Entscheidung angreift. Er soll von einem Rechtsmittel nicht deswegen abgehalten werden, weil die ausgeworfene Strafe sich nach Anfechtung in der Instanz noch erhöhen, also verschlechtern könnte. Die §§ 331, 358 Abs. 2, 373 Abs. 2 Satz 1 ordnen daher im Wege einer »Rechtswohltat« an, dass das Urteil in Art und Höhe der Rechtsfolgen der Tat nicht zum Nachteil des Angeklagten geändert werden darf, wenn lediglich er oder die Staatsanwaltschaft zu seinen Gunsten Rechtsmittel einlegt, sog. Verbot der »reformatio in peius«.

Die Tragweite dieses Grundsatzes zeigt sich bei folgender Fallgestaltung: Der Angeklagte wird in erster Instanz wegen Diebstahls zu einer Geldstrafe von 20 Tagessätzen verurteilt. Nur er legt Berufung ein. In der Berufungsverhandlung stellt sich heraus, dass er zur Erhaltung des Diebesgutes eine Verkäuferin geschlagen und getreten hat. Trotz dieser Erkenntnis darf das Gericht eine Verschärfung der Rechtsfolge nicht vornehmen. Da Schuldpruchänderungen aber möglich sind, ist der Angeklagte »wegen räuberischen Diebstahls« zu einer Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu verurteilen (obwohl § 252 StGB mit seiner Rechtsfolgenverweisung auf § 249 StGB ein Mindestmaß von 1 Jahr Freiheitsstrafe vorsieht).

b) Sonstige Rechtsbehelfe

aa) Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach schuldloser Fristversäumung durchbricht die Rechtskraft, §§ 44 ff. Entgegen der Regelung in § 85 Abs. 2 ZPO muss sich ein Beschuldigter oder Angeklagter in einem Ermittlungs- oder Strafverfahren ein Büroversehen seines Verteidigers in der Regel nicht zurechnen lassen.

bb) Zweck eines Wiederaufnahmeverfahrens gemäß § 359 ff., § 79 BVerfGG ist die Beseitigung eines Justizirrtums durch Wiederaufrollen eines rechtskräftigen Strafverfahrens. Auch hier wird für den Erfolgsfall die Rechtskraft durchbrochen.

cc) Weitere Rechtsbehelfe sind etwa Anträge auf gerichtliche Entscheidung nach den §§ 161a Abs. 3, 172 Abs. 2 und § 406e Abs. 4 sowie Anträge auf Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Justizverwaltungsakten i.S.d. § 23 ff. EGGVG.

dd) Ebenfalls als Rechtsbehelf zu qualifizieren ist der Einspruch gegen einen Strafbefehl, § 410.

ee) Ein formloser Rechtsbehelf ist die persönliche oder sachliche Dienstaufsichtsbeschwerde gegen jegliche Entscheidungen einer deutschen Behörde.

**Eine wesentliche Änderung des Revisionsrecht bzw. der Möglichkeiten der Revisionsgerichte:**

Bislang kann das Revisionsgericht lediglich durchentscheiden, wenn es freispricht, einstellt oder auf eine Mindeststrafe oder eine gesetzlich vorgegebene Strafe erkennt (lebenslange Freiheitsstrafe). § 354 erhält jetzt folgende Neuabsätze:

Wegen einer Gesetzesverletzung nur bei Zumessung der Rechtsfolgen kann das Revisionsgericht von der Aufhebung des angefochtenen Urteils absehen, so fern die verhängte Rechtsfolge angemessen ist. Auf Antrag der Staatsanwaltschaft kann es die Rechtsfolgen angemessen absetzen.

Dies hat erhebliche Konsequenzen und ist möglicherweise eine Verletzung des Anspruchs auf den gesetzlichen Richter – mit einer langen Tradition. Insbesondere darf der Angeklagte in der Revisionshauptverhandlung nicht zugegen sein, als Inhaftierte wohl auch kein Recht auf Vorführung haben, entscheidet der Richter ohne ein persönlichen Eindruck von dem Angeklagten zu gewinnen. Wie im Revisionsverfahren ohne Anwesenheit des Angeklagten tatsächlich dessen Persönlichkeit noch ausreichend gewichtet werden kann, kann ich nicht erkennen. Die Folge wird aber ein katalogmäßiges Strafen sein.

Dies wird noch verstärkt durch einen weiteren Absatz der eingefügt wird. Wenn Fehler im Rahmen der Strafzumessung bzw. Bildung der Gesamtstrafe erfolgen, kann die Gesamtstrafe aufgehoben werden und entsprechend den Regeln der nachträglichen Bildung einer Gesamtstrafe (§§ 460,462) hierüber im schriftlichen Verfahren entschieden werden.

Sowohl das ändern der Fristen als auch diese neue Revisionsregelung wird zu einer erheblichen Senkung von Hauptverhandlungstagen (und damit Einnahmemöglichkeiten) führen. Dies verstärkt noch einmal die Notwendigkeit für alle Anwälte, sinnvolle und ausreichende Vergütungsvereinbarungen zu treffen. Dies ist auch bei Mandanten, die offensichtlich kein Geld haben, notwendig. Zu einen kann niemand in die Zukunft schauen, bei Inhaftierten besteht auch die Möglichkeit, dass sie in der Haftzeit ausreichend arbeiten und Geld verdienen.