

Strafverteidiger

9. Jahrgang

Redaktion: Professor Dr. Klaus Lüderssen, Ulrichstraße 22, 6000 Frankfurt 50, Tel.: (0 69) 52 72 37; Rechtsanwalt Dr. Reinhold Schlothauer, Schlüsselkorb 24, 2800 Bremen 1, Tel.: (04 21) 32 65 55; Rechtsanwalt Hans-Joachim Weider, Berger Straße 200, 6000 Frankfurt/M. 60, Tel.: (0 69) 45 20 83.

Redaktionsanschrift: Alfred Metzner Verlag, ein Unternehmen der Verlagsgruppe Luchterhand Neuwied/Frankfurt, Zeppelin-allee 43, 6000 Frankfurt/M. 1, Tel.: (0 69) 79 30 09 · 0.

Nr. 2

Februar 1989

Entscheidungen

Die Leitsätze der mit einem (+) versehenen Entscheidungen sind Leitsätze des Gerichts. Die mit (*) gekennzeichneten Entscheidungen sind zum Abdruck in der amtlichen Sammlung des jeweiligen Gerichts bestimmt. Soweit nicht anders vermerkt (nr), sind die Entscheidungen rechtskräftig.

Verfahrensrecht

StPO § 143 (Entpflichtung wegen gestörten Vertrauensverhältnisses)

1. Eine nicht mit bestimmten Tatsachen belegte Erklärung des Verteidigers, das Vertrauensverhältnis zu seinem Mandanten sei entfallen, rechtfertigt für sich allein noch keine Verpflichtung des Vorsitzenden, den Pflichtverteidiger wieder abzuverufen.

2. Einzelfall einer nicht ausreichenden Begründung für einen Entpflichtungsantrag.

BGH, Urt. v. 7. 5. 1988 – 2 StR 22/88 (LG Frankfurt/M.)

Veröffentlicht in StV 1988, 469

Anmerkung¹

von RA Dr. Stephan Barton, Bremen

I. Dem vom 2. Strafsenat des BGH entschiedenen Fall lag, soweit sich dies aus der Urteilsbegründung ergibt², folgender Sachverhalt zugrunde: Am Rande einer mehrtägigen Hauptverhandlung telefonierte der Wahlverteidiger des Angeklagten mit dem Vorsitzenden und kündigte ein Geständnis seines Mandanten an³. Dieses erfolgte nicht. Daraufhin legte der Wahlverteidiger das Mandat nieder und begründete dies damit,

daß das Vertrauensverhältnis zwischen ihm und dem Angeklagten erheblich gestört sei; denn er habe seinem Mandanten zu einem falschen Geständnis geraten. Der Vorsitzende bestellte daraufhin den ehemaligen Wahlverteidiger zum Pflichtverteidiger und lehnte den Antrag des nunmehrigen Pflichtverteidigers, ihn zu entpflichten und einen anderen Pflichtverteidiger zu bestellen, ab.

II. Soweit der Revisionsführer eine Verletzung des § 338 Nr. 5 StPO damit rügt, daß infolge des fehlenden Vertrauensverhältnisses der Angeklagte nicht effektiv verteidigt wurde, steht der 2. Senat des BGH in voller Übereinstimmung mit der Rechtsprechung, wenn er diese Rüge damit ablehnt, daß eine angeblich nicht ordnungsgemäß ausgeführte Verteidigung *nicht* vom Schutzzumfang des absoluten Revisionsgrundes des § 338 Nr. 5 StPO umfaßt werde. Für einen § 338 Nr. 5 StPO begründenden Rechtsverstoß sei es vielmehr erforderlich, daß der Verteidiger in Fällen notwendiger Verteidigung während eines wesentlichen Teiles der Hauptverhandlung körperlich nicht anwesend sei oder bei körperlicher Anwesenheit »verhandlungsunfähig« war⁴.

Dieser Auffassung ist grundsätzlich zuzustimmen. Die gegenteilige Auffassung – nicht »effiziente« oder nicht »ordnungsgemäße« Verteidigung an sich bedeuteten einen Verstoß gegen § 338 Nr. 5 StPO – wäre mit der rechtssystematischen Stellung des Verteidigers im Strafverfahren nicht vereinbar und könnte in der Praxis zu von niemandem zu wünschenden Reglementierungen der Verteidigung führen.

Dabei bedarf es gar nicht eines Abstellens auf die Frage, ob der Rechtsanwaltsverteidiger ein Organ der Rechtspflege sei. Denn eine seiner Funktionen liegt unstreitig darin, über die Gesetzlichkeit des Verfahrens zu wachen⁵ und damit das Gericht zu kontrollieren.

Mit dieser Stellung als Kontrolleur wäre es nicht zu vereinbaren, wenn seine Tätigkeit umfassender Kontrolle des Kontrollierten unterliegen würde. Das heißt: Eine allgemeine Kontrollbefugnis – auch nicht in Form einer »prozessualen Fürsorgepflicht«⁶ – des Gerichts über die Sachgemäßheit der Durchführung der Verteidigung darf es nicht geben. Dies schließt allerdings nicht aus, daß das Tatgericht die Einhaltung derjenigen Normen, die den Richter gesetzlich zwingend zu einer ausschnittweisen, beschränkten Aufmerksamkeit über die Ordnungsgemäßheit der Verteidigung verpflichten⁷, zu überwachen hat.

Einer in diesem Sinne unzureichenden Verteidigung kann dabei bei notwendiger Verteidigung durchaus die Bedeutung eines absoluten Revisionsgrundes gem. § 338 Nr. 5 StPO zukommen. Denn es reicht nicht, daß dem Beschuldigten ein Verteidiger nur *bestellt* wird, dieser muß vielmehr die Verteidigung auch *wirklich* führen⁸. Und dieses setzt voraus, daß der Verteidiger zum einen in der Hauptverhandlung körperlich präsent ist; zum anderen aber auch nicht durch mental-konstitutionelle Defizite so erheblich eingeschränkt ist, daß diese in ihren Auswirkungen der (körperlichen) Nichtanwesenheit gleichkämen. Hierbei ist – entgegen der engen Auffassung des BGH – nicht

¹ Die Urteilsanmerkung beschränkt sich auf die im Zusammenhang mit unzureichender Strafverteidigung und fehlerhafter Pflichtverteidiger-Bestellung stehenden Probleme.

² Trotz der Wiedergabe einzelner Sachverhaltselemente im Urteil fällt es schwer, hieraus einen eindeutigen Sachverhalt zu rekonstruieren. Warum können Revisionsentscheidungen eigentlich nicht nach dem Muster »Inhalt der angefochtenen Entscheidung; festgestellter Sachverhalt in Zusammenfassung; Rechtsauffassung der angefochtenen Entscheidung; Rechtsauffassung der Revision und des Revisionsgegners; Auseinandersetzung mit diesen Auffassungen auf der Grundlage der in Rechtsprechung und Literatur erörterten Entscheidungsalternativen« (Naucke Anm. zu BGH StV 1985, 188) aufgebaut sein?

³ Es darf wohl angenommen werden, daß es sich vorliegend um den Fall eines fehlgeschlagenen »prozessualen Vergleichs« handelt; jedenfalls, daß hier Problemkreise auftauchen, die gerade für gescheiterte »Deals« typisch sind. Vgl. dazu Gallandi, Vertrauen im Strafprozeß, MDR 1987, 801 ff.

⁴ RGSt 57, 373; RG HRR 1940, 344; vgl. auch LR-Hanack 24. Aufl., § 338 Rdnr. 96 Fn. 242.

⁵ Vgl. Dahn, Handbuch des Strafverteidigers, 5. Aufl., Rdnr. 3.

⁶ Vgl. in diesem Sinne aber Plötz, Die gerichtliche Fürsorgepflicht im Strafverfahren, 1980, S. 128 ff.; differenzierend Maiwald, Zur gerichtlichen Fürsorgepflicht im Strafprozeß und ihren Grenzen, Fs f. Lange, 1976, S. 745 ff.; ablehnend v. Löbbecke, Fürsorgepflichten im Strafprozeß? GA 73, 200 ff.

⁷ Das sind namentlich § 265 IV StPO bezüglich der Vorbereitung der Verteidigung in bestimmten Konstellationen (vgl. BGH NJW 65, 2164 m. Anm. Schmidt-Leichner); § 145 I StPO bezüglich des Umstandes, ob der Verteidiger sich ggf. konkludent weigert, die Verteidigung zu führen und §§ 140 ff., 338 Nr. 5 StPO i. V. m. Art. 6 III c EMRK bezüglich der Frage, ob der Verteidiger die Verteidigung auch *wirklich* und nicht nur formal führt (vgl. EGMR EuGRZ 1980, 664; StV 1985, 441).

⁸ Vgl. EGMR EuGRZ 1980, 664; StV 1985, 441.

nur an Fälle der Verhandlungsunfähigkeit⁹ zu denken, sondern auch an Geschäftsunfähigkeit¹⁰ oder sonstige Defizite wie Schlaf oder Ablenkung von zentralen Verteidigungspflichten in der Hauptverhandlung¹¹.

Der Revisionsführer trägt ersichtlich keinerlei Umstände vor, die eine derart gravierende Einschränkung der Verteidigungsqualität beinhalten könnten; mehr noch: Es werden überhaupt keine konkreten Verteidiger-Fehlleistungen behauptet. § 338 Nr. 5 StPO ist daher nicht verletzt.

III. Die Revision und ihr nachfolgend das Urteil gehen auch in eine andere Richtung. Denn während es bei Rügen der geschilderten Art gem. § 338 Nr. 5 StPO nicht darauf ankommt, ob das Tatgericht auch schuldhaft gehandelt hat – hier reicht es, daß die Verteidigung mangelhaft war (und das Gericht dies, aus was für Gründen auch immer, nicht verhindert oder behoben hat) –, rügt der Beschwerdeführer vorliegend primär einen Rechtsverstoß des Tatgerichts: Der Vorsitzende hätte nicht den Wahlverteidiger zum Pflichtverteidiger bestellen dürfen.

Begründet wird dies damit, daß das *Vertrauensverhältnis* zwischen Verteidiger und Angeklagtem aufgrund des Drängens des Verteidigers zur Abgabe eines falschen Geständnisses erheblich gestört gewesen sei.

Der BGH folgt dem nicht, wobei bei der gelieferten Begründung wichtig ist, zwischen den Ebenen zu trennen, die den BGH veranlassen, hier keinen revisiblen Rechtsfehler des Tatgerichts anzunehmen. Es ist dies erstens die Ebene der rechtlich-inhaltlichen Bestimmung, welche Bedeutung einem gestörten Vertrauensverhältnis zwischen Verteidiger und Beschuldigtem bezüglich der Ermessensentscheidung des Vorsitzenden¹² über die Auswahl oder Entpflichtung eines Verteidigers zukommt; zweitens die Frage, wie substantiiert die Begründung eines gestörten Vertrauensverhältnisses gegenüber dem Tatrichter zu erfolgen hat, und drittens, welche Anforderungen an den revisionsrechtlichen Nachweis eines Rechtsfehlers bei der Auswahl des Pflichtverteidigers zu stellen sind.

IV. Daß ein ungestörtes Vertrauensverhältnis zwischen Verteidiger und Beschuldigtem nicht nur für die Effizienz der Verteidigung maßgeblich ist¹³, sondern daß ein gestörtes Vertrauensverhältnis auch rechtlich relevant sein kann, wird von der Rechtsprechung und Literatur übereinstimmend angenommen. Der Vorsitzende hat insofern bei der Auswahl des Verteidigers auch die Bedeutung des Vertrauens zwischen Beschuldigtem und Verteidiger in seine Ermessensentscheidung miteinzubeziehen. Unterläßt er dies oder hält er sich nicht im Rahmen der rechtlich zulässigen Erwägungen, so kann die Revision hierauf gestützt werden¹⁴. Strittig behandelt wird allerdings die Frage, was unter einem gestörten Vertrauensverhältnis inhaltlich zu verstehen ist. Während in der Literatur Stimmen fordern¹⁵, daß jede Behauptung eines gestörten Vertrauensverhältnisses auch als genügend anzunehmen ist, das Vertrauen zwischen Verteidiger und Angeklagtem als gestört anzusehen mit der Folge, daß der Vorsitzende verpflichtet sei, diesen bestimmten Verteidiger nicht auszuwählen bzw. zu entpflichten, geht die Rechtsprechung hier sehr viel restriktiver vor und verlangt »eine auf Tatsachen begründete, nicht mehr zu behebende und die sachgerechte Verteidigung dadurch hindernde Vertrauenskrise«¹⁶. Ob der 2. Strafsenat sich noch auf der Linie dieser Rechtsprechung bewegt, wenn er im vorliegenden Fall keine »Vertrauenskrise« annimmt und das damit begründet, eine Einigung zwischen Angeklagtem und Verteidiger über das Verteidigungskonzept trotz der Differenzen um das »falsche« Geständnis sei durchaus möglich, kann hier offenbleiben¹⁷, denn einer derartig restriktiven Interpretation ist nicht zuzustimmen. Die Frage, ob ein Angeklagter den gegen ihn erhobenen Tatvorwurf einräumt oder nicht, ist die zentrale Frage jeder Verteidigungskonzeption¹⁸. Können sich Beschuldigte und Verteidiger hierüber nicht einigen, kann eine gemeinsame Verteidigungsstrategie nicht entwickelt werden. Vielmehr läßt eine derartig ungeklärte Verteidigungslinie erwarten, daß Verteidi-

ger und Beschuldigte sich gegenseitig bei ihren Verteidigungsbemühungen lähmen oder neutralisieren, wenn nicht sogar einander jede Glaubwürdigkeit nehmen. Effizienz wird eine solche Verteidigung jedenfalls kaum erlangen und damit ihre normativen Funktionen¹⁹ sowohl im Interesse des Beschuldigten wie der Rechtsgemeinschaft nicht erfüllen können. Kurz: Eine verantwortungsbewußte und damit sachgerechte Verteidigung erscheint insofern bei derartigen Divergenzen nicht durchführbar. Wenn der BGH im vorliegenden Fall die Möglichkeit einer sachgemäßen Verteidigung sieht, kann dem so nicht gefolgt werden. Dabei kommt es vorliegend gar nicht darauf an, ob der Verteidiger ausdrücklich erklärt habe, er könne die Verteidigung nicht sachgemäß führen; denn eine solche Erklärung erschließt sich konkludent aus dem Verteidiger-Vortrag, er habe dem Mandanten zu einem falschen Geständnis geraten²⁰. Vor diesem Hintergrund ist der inhaltliche Nachweis eines gestörten Vertrauensverhältnisses als geführt anzusehen.

V. Der BGH prüft darüber hinaus die Rüge, »der Verteidiger habe das Vertrauensverhältnis durch pflichtwidriges Verhalten – Abgabe nicht abgesprochener Erklärungen in einem Telefonat mit dem Vorsitzenden – zerstört« unter dem Gesichtspunkt, ob dies die Ermessensentscheidung des Vorsitzenden fehlerhaft gemacht hat, und verneint dies.

Schon daß der BGH diese Rüge prüft, mehr noch: Daß er eine vom Verteidiger mit seinem Mandanten nicht abgesprochene Erklärung in Zusammenhang mit einer Pflichtwidrigkeit bringt – und nur so ist die entsprechende Parenthese im Urteil zu verstehen –, überrascht und ist weder mit der h. M. zur Stellung des Verteidigers noch mit den vorangegangenen Entscheidungsgründen zu vereinbaren.

Denn was die Stellung des Verteidigers gegenüber dem Beschuldigten betrifft, so betont die h. M. durchgehend dessen Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit²¹. Namentlich dürfe der Verteidiger auch dann in das Verfahren eingreifen, wenn der Beschuldigte nicht unterrichtet sei²². Dies ist eine speziell für das Beweisantragsrecht nahezu unstrittige Befugnis des Verteidigers²³. Ein durchschlagender Grund, weshalb der Verteidiger bei der Ankündigung eines Geständnisses weniger unabhängig sein sollte als bei Beweisanträgen, wird vom BGH nicht darge-

⁹ Die verschiedenen Ursachen haben kann, die auch bei Rechtsanwälten grundsätzlich nicht ausgeschlossen werden können; so ist neben körperlichen oder nervlichen (dazu RG HRR 1940, 344) Einschränkungen auch an solche infolge Alkoholgenusses oder Rauschmittelkonsums zu denken (dazu Sarstedt/Hamm, Die Revision in Strafsachen; 5. Aufl., Rdnr. 215 Fn. 334).

¹⁰ Die allerdings bei Rechtsanwälten zur Rücknahme der Zulassung führen muß; vgl. § 14 I Nr. 4 BRAO.

¹¹ Vgl. KK-Laufhütte 2. Aufl. § 140 Rdnr. 27.

¹² Vgl. hierzu ausführlich Schlothauer, Die Auswahl des Pflichtverteidigers StV 1981, S. 443 ff.

¹³ Vgl. Barton, Zur Effizienz der Strafverteidigung, MschrKrim 1988, 93 ff.

¹⁴ KK-Laufhütte § 140 Rdnr. 28.

¹⁵ Heinicke, Der Beschuldigte und sein Verteidiger in der BRD, 1984, S. 394; differenzierend unter dem Gesichtspunkt des »sachlich angemessenen Aufwandes« Welp, Der Verteidiger als Anwalt des Vertrauens, ZStW 1978, 113 ff.

¹⁶ KK-Laufhütte § 142 Rdnr. 9 unter Hinweis auf BGH 7. 11. 79 – 2 StR 398/79 und OLG Hamm StV 82, 510.

¹⁷ OLG Hamm StV 82, 511 legt hier eher großzügigere Maßstäbe an.

¹⁸ Vgl. Dahs Handbuch des Strafverteidigers, 5. Aufl., Rdnr. 397: »Wichtigster Punkt für die abschließende Beratung vor der Hauptverhandlung ist die Frage des Eingeständnisses etwa vorhandener Schuld«; vgl. auch ebenda Rdnr. 18 sowie Schlothauer, Vorbereitung der Hauptverhandlung durch den Verteidiger, 1988, Rdnr. 25, 77.

¹⁹ Zu diesen öffentlichen Funktionen vgl. nur Beulke, Der Verteidiger im Strafverfahren, 1980, 81 ff.; zu den geschützten privatrechtlichen Interessen vgl. Lüderssen, Wie abhängig ist der Strafverteidiger von seinem Auftraggeber, wie unabhängig kann und soll er sein? FS f. Dünnebieber, 1982, 263 ff.

²⁰ Hinzu kommt, daß gerade in einem Fall wie dem vorliegenden die vom BGH geforderte Notwendigkeit der Substantiierung einer Vertrauenskrise den Verteidiger in große Kalamitäten gestürzt hätte. Denn man hätte von ihm dann Offenbarungen verlangt, die kaum mit seiner Verpflichtung zur beruflichen Verschwiegenheit in Einklang zu bringen gewesen wären.

²¹ Kleinnecht/Meyer 38. Aufl. vor § 137 Rdnr. 1; KK-Laufhütte vor § 137 Rdnr. 4; BGHSt 13, 337.

²² KK-Laufhütte a. a. O. Rdnr. 3.

²³ Vgl. nur BGHSt 21, 118, 124; BGH NJW 53, 1314; RG JW 25, 2782 Nr. 6; 31, 949 Nr. 22; 32, 3356 Nr. 27.

legt. Ein solcher liegt auch nicht auf der Hand. Zwar ließe sich zwischen eigenem Beweisantragsrecht des Verteidigers und der Ankündigung eines Geständnisses insofern differenzieren, als ein Beweisantrag i.d.R. nicht das aktive Mitwirken des Mandanten erforderlich macht. Ein Geständnis hat dieser dagegen als »eigene Leistung« zu erbringen. Beides kann – was der Maßstab der h.M. ist – im wohlverstandenen Interesse des Beschuldigten liegen. Ebenso folgt aus dem Umstand des Scheiterns eines mit einer Prozeßhandlung verfolgten Interesses (Fehlgehen des Beweisbegehrens – Unterbleiben des angekündigten Geständnisses) aus sich heraus nicht die Begründung für eine unterschiedliche Beurteilung hinsichtlich der möglichen »Pflichtwidrigkeit« des Verteidiger-Verhaltens in dem einen gegenüber dem anderen Fall.

Auch mit den eigenen vorangegangenen Ausführungen des BGH ist diese Urteils Passage zur Eigenmächtigkeit/Pflichtwidrigkeit kaum zu vereinbaren. Denn dort wird die eigenverantwortliche Stellung des Verteidigers hervorgehoben; hier jetzt aber in Eigenmächtigkeiten die Möglichkeit einer Pflichtverletzung gesehen²⁴. Beide Wertungen (dort: Eigenverantwortlichkeit – hier: Eigenmächtigkeit) beziehen sich auf das gleiche prozessuale Geschehen, die telefonische Ankündigung eines Geständnisses, und auf den gleichen Wertungshintergrund, nämlich dessen Einfluß auf ein Vertrauensverhältnis. Die Wertungsunterschiede erscheinen dabei nicht plausibel begründbar zu sein. Ob sich hinter den Ausführungen des BGH dabei eine versteckte Kehrtwendung der Rechtsprechung verbirgt, der BGH gar stillschweigend auf *Lüderssens* Vertragsmodell²⁵ der Strafverteidigung eingeschwenkt ist, muß allerdings bezweifelt werden. Es spricht eher einiges dafür, daß angesichts der in Literatur und Rechtsprechung weitgehend fehlenden Sensibilisierung für die Probleme von Pflichtverletzungen des Verteidigers gegen Interessen des Mandanten und deren prozessuale Konsequenzen der BGH die Brisanz und immanenten Inkonsistenzen seiner Entscheidung übersehen hat. Dies macht es um so erforderlicher, daß die auch an dieser Stelle nicht leistbare grundsätzliche wissenschaftliche und praktische Aufarbeitung des Problemfeldes von Pflichtverletzungen des Verteidigers gegen Interessen des Beschuldigten bald erfolgt²⁶.

VI. Wenn der BGH in der Bestellung des Wahlverteidigers zum Pflichtverteidiger trotz einer unterstellten Pflichtwidrigkeit desselben nicht einen durchschlagenden Revisionsgrund sieht, so liegt das daran, daß er die Mitteilung der Erklärungen in der Revisionsbegründung vermißt, die Verteidiger und Beschuldiger bei der Mandatsniederlegung und im Zusammenhang mit dem Entpflichtungsantrag abgaben. Diese hält der BGH zu Recht für erforderlich, um prüfen zu können, ob der Vorsitzende eine fehlerhafte Ermessensentscheidung getroffen hat. Konkret: Es sei nicht vorgetragen, der Vorsitzende habe »erkannt oder erkennen müssen«, daß der Angeklagte kein Vertrauen mehr zu seinem Verteidiger infolge einer Pflichtverletzung desselben hatte.

Gerade in einer Revisionsrüge, wie der vorliegenden, die implizit auf die Bedeutung ordnungsgemäßer Verteidigung für die Rechtsfehlerfreiheit von Verfahren und Urteil abstellt, sollte man erwarten, daß sie die Regeln der Verteidigungskunst – hier den § 344 II 2 StPO – einhält. Von daher ist auch nicht zu fordern, daß der BGH hier weniger restriktiv als sonst auf die Mitteilung der den Mangel enthaltenen Tatsachen in der Revisionsbegründung achtet. In diesem Teil der Begründung ist dem Urteil zuzustimmen.

²⁴ Bemerkenswert ist auch, wie der BGH Eigenmacht umschreibt, nämlich als ohne »Wissen und Wollen seines Mandanten« erfolgt. Heißt das, alles Verteidigungsvorbringen und alle Verteidigungsaktivitäten, die nicht vom Vorsatz des Mandanten umfaßt sind, wären eigenmächtig und pflichtwidrig?

²⁵ Vgl. dazu *Lüderssen* Fn. 19; *ders.*, Die Pflichtverteidigung, NJW 1986, 2742 ff.

²⁶ Hier ist zu hoffen, daß *Lüderssens* Kommentierung der §§ 137 ff. StPO in der 24. Aufl. des Löwe-Rosenberg Klärung bringt; vgl. zu Pflichten des Verteidigers gegenüber dem Beschuldigten demnächst auch *Barton*, Mindeststandards der Strafverteidigung.