

# Informationsgewinnung durch die Verteidigung <sup>(1)</sup>

von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht Hartmut Wächtler, München

-

## 1. Sind eigene Ermittlungen durch die Verteidigung überhaupt notwendig und was kann die Verteidigung tun?

Sieht man die einschlägigen Lehrbücher und Anleitungen für den Strafverteidiger durch, so stößt man auf die immer gleichen Formulierungen, dass es nämlich dem Strafverteidiger selbstverständlich erlaubt ist, eigene Ermittlungen zu tätigen, dass er Zeugen befragen, Detektive beauftragen und eigene Sachverständige benennen kann. Auffällig ist dann aber doch, dass diesem Tätigkeitsfeld bezeichnend wenig Raum eingeräumt wird. Der Altmeister Dahs widmet in seinem Handbuch des Strafverteidigers diesem Bereich der eigenen Ermittlungstätigkeit lediglich 6 von 800 Seiten, Burhoff in seinem Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren 9 von 1.100 Seiten. Die Zurückhaltung mag an dem liegen, was Dahs als offenbar unausrottbares Mißtrauen und Ablehnung <sup>(1a)</sup> bei vielen Staatsanwälten und Richtern gegen eigene Ermittlungstätigkeit des Verteidigers benennt und was jeder von uns spüren kann, wenn er sich auf dieses nicht ungefährliche Terrain begibt.

### Ich will Ihnen zunächst einige Beispiele aus der Praxis benennen:

Vor Jahren war ein Heranwachsender des Totschlagsversuchs an einem Polizeibeamten angeklagt. Er hatte bei seiner Festnahme aus einer mitgeführten Pistole einen Schuss abgegeben. Ein Beamter behauptete, der Beschuldigte habe direkt auf ihn gezielt und ihn nur knapp verfehlt. Ein Ballistik-Gutachten des LKA bestätigte, dass der Schuss aus der Pistole des Beschuldigten in Richtung des angegebenen Standpunktes des Beamten abgegeben worden war. Dem Gutachten lagen Fotos des Einschussloches in einer Wand oder Wandverkleidung bei.

Die Verteidigung brachte diese Fotos zu einem externen Gutachter, der früher selbst bei der Polizei gewesen war und dort frühzeitig ausgeschieden war. Dieser Chemierat a.D. hatte sich entgegen einer sonst herrschenden Übung bereit erklärt, auch für die Verteidigung Gutachten zu fertigen. Er kam zu dem Ergebnis, dass das vorgelegte Ballistik-Gutachten unrichtig sei und sich das Gegenteil aus dem Einschusswinkel ergebe: der Schuss habe keinerlei Gefährdung für den Beamten bedeutet.

Im Prozess brachte der Verteidiger den eigenen Gutachter mit und präsentierte ihn gem. § 220 StPO überraschend unter Mitteilung der Beweistatsache. Daraufhin wichen sowohl die Zeugenaussagen als auch der vom Gericht geladene Gutachter von ihren vorherigen Bekundungen ab. Die StA liess den Totschlagsvorwurf fallen, ohne dass der eigene Gutachter, der wegen seiner beruflichen Vergangenheit bei der Polizei gut bekannt war, auch nur ein Wort hätte sagen müssen.

### Ein Beispiel aus neuester Zeit:

Ein irakischer Mandant wurde beschuldigt, unter dubiosen Umständen Geld aus Deutschland in den Irak transferiert und damit islamistische terroristische Bestrebungen gefördert zu haben. Er wurde deswegen verhaftet, als er aus Deutschland fliehen wollte. Die Anschuldigung stützte sich im wesentlichen auf ein abgehörtes Telefonat, das der Beschuldigte angeblich von München aus geführt haben sollte und das im übersetzten Wortlaut vorlag.

Der Mandant verteidigte sich damit, er sei im fraglichen Zeitraum das ganze Jahr in Damaskus gewesen und komme daher für das Telefonat nicht in Betracht. Zum Beweis verwies er auf seinen beschlagnahmten Reisepass, der eine Reihe von Ein- und Ausreisestempel in arabischer Schrift aufwies. Ein als Sachverständiger zugezogener Dolmetscher bestätigte dem Verteidiger, dass aus der Reihenfolge der Stempel zu ersehen sei, dass der Beschuldigte tatsächlich im fraglichen Zeitraum in Syrien gewesen sei. Die StA liess ihrerseits den Pass begutachten mit dem Ergebnis, dass sich für die fragliche Zeit kein Auslandsaufenthalt des Beschuldigten nachweisen lasse. Der Haftbefehl wurde daraufhin bestätigt. Ein vom Verteidiger befragter 2. Dolmetscher bestätigte das Ergebnis des ersten vom Verteidiger befragten, so dass der Verteidiger nach den Angaben des Beschuldigten dessen Reisebüro ausfindig machte. Der Leiter des Reisebüros konnte die Angaben des Beschuldigten an Hand seiner Unterlagen nachvollziehen, was er dem Verteidiger schriftlich mitteilte. Auf weitere Beschwerde zum OLG liess sich der Strafsenat persönlich die Reiseunterlagen des Büros vorlegen und hob den Haftbefehl auf. Der Beschuldigte reiste aus Deutschland aus. Wie ich inzwischen erfuhr, konnte er seine Freiheit nicht lange genießen. In seiner Heimat soll er in die Hände der Amerikaner gefallen sein.

Ich kann auch ein Beispiel einer Informationsbeschaffung durch den Verteidiger aus der jüngsten Zeit berichten, die weniger erfolgreich verlief: In einer Drogensache hatte ein Beschuldigter im Rahmen des § 31 BtmG einen Freund belastet. Hintergrund war, dass ihm die Polizei bei seiner Festnahme wohl suggeriert hatte, der Freund habe ihn seinerseits „verpiffen“. Der auf diese Weise Beschuldigte bestritt die Verstrickung in das Drogengeschäft und zeigte dem Verteidiger eine email des Denunzianten vor, in dem dieser ihn übel beschimpfte und bedrohte, wohl weil er annahm, er habe ihm seine eigene Festnahme zu verdanken. Einige Zeit später teilte der Beschuldigte seinem Anwalt mit, er habe inzwischen mit seinem Exfreund gesprochen, und dieser habe ihm bedeutet, er wolle nun von seiner unrichtigen Aussage zu Lasten seines Exfreundes abrücken. Er bat um einen Anruf des Verteidigers bei ihm, um dies angesichts

des nahen Hauptverhandlungstermins zu besprechen. Der Verteidiger folgte der Bitte seines Mandanten und rief bei dem Exfreund an. Im Gespräch stellte sich heraus, dass dieser mitnichten vorhatte, seine belastende Aussage zu widerrufen. Über dieses Ergebnis des Gesprächs fertigte der Verteidiger eine Aktennotiz.

Als er einige Tage später zum Hauptverhandlungstermin gegen seinen Mandanten erschien, fand er den Zeugen, mit dem er telefoniert hatte, im Gespräch mit dem Staatsanwalt vor. Dieser stellte dann den Antrag, den Verteidiger gem. § 138a StPO wegen des Verdachts der versuchten Strafvereitelung auszuschliessen. Der Zeuge, an Ort und Stelle dazu vernommen, gab an, der Verteidiger habe ihn zwar einerseits zur Wahrheit ermahnt, andererseits habe er den Eindruck gehabt, der Rechtsanwalt habe ihn dazu überreden wollen, zu sagen, dass er sich an nichts mehr erinnere. Später noch einmal vernommen, schwächte er diese Aussage weiter ab und sagte, er sei nicht direkt aufgefordert worden, die Unwahrheit zu sagen, aber nach seinem Eindruck habe er sagen sollen, sich an nichts mehr zu erinnern. Das genügte der StA und dem Richter für einen Strafbefehl wegen versuchter Strafvereitelung und versuchter Anstiftung zur uneidlichen Falschaussage. Unser Hinweis in einer Schutzschrift für den Kollegen, dass doch kein StA auf die Idee käme, einen Polizeibeamten derart anzuklagen, nur weil ein von ihm vernommener Zeuge hinterher behauptete, vom Vernehmer indirekt in einer bestimmten Weise beeinflusst worden zu sein, blieb erwartungsgemäss fruchtlos.

Er ist im übrigen auch ein gutes Beispiel, wie dem immer noch andauernden Misstrauen gegen die eigene Ermittlungstätigkeit des Verteidigers nur mit zusätzlichen und in der Praxis auch beschwerlichen Sicherungsmassnahmen wie Mithören oder Mitschneiden derartiger Telefonate begegnet werden kann. Auf einmal sind wir keine Organe der Rechtspflege mehr sondern potentielle Strafvereiteler <sup>(1b)</sup>.

### **Grundsätzlich will ich die selbst gestellte Frage so beantworten:**

Eigene Ermittlungen der Verteidigung sind immer dann notwendig, wenn der Beschuldigte bestimmte Ermittlungsergebnisse glaubhaft bestreitet oder wenn die Aussicht besteht, für den Beschuldigten günstige Informationen, die bisher nicht ermittelt wurden, in das Ermittlungsverfahren einzuspeisen. Dabei kann es sich um Informationen zur eigentlichen Schuldfrage handeln oder zu Umständen, die die Tat in einem für den Beschuldigten günstigeren Licht erscheinen lassen. So kann das Ergebnis des Prozesses zu Gunsten des Mandanten beeinflusst werden, in Einzelfällen können eigene Ermittlungen der Verteidigung Fehlurteile verhindern.

### **Was die Verteidigung tun kann:**

Die Verteidigung kann, um eigene Informationen zu gewinnen, einen Privatdetektiv beauftragen. Hier gilt, dass die Aussichten um so größer sind, je präziser der Auftrag gefasst wird und je begrenzter die Fragestellung ist. Außerdem muss der Mandant selbstverständlich in der Lage sein, die oft nicht unbeträchtlichen Kosten für einen Detektiv zu tragen. Zu beachten ist hierbei, dass es strittig ist, ob der vom Verteidiger beauftragte Detektiv ein Zeugnisverweigerungsrecht als Berufshelfer nach § 53a StPO besitzt <sup>(2)</sup>. Die Frage ist höchststrichterlich noch nicht entschieden.

Die gleiche Problematik stellt sich beim vom Verteidiger beauftragten Gutachter, bei dem noch zusätzlich die Meinung vertreten wird, § 53a StPO sei immerhin dann anwendbar, so lange der Verteidiger das Gutachten nicht in das Verfahren einführt <sup>(3)</sup>. Würde man der weiter gehenden Auffassung folgen und dem von der Verteidigung beauftragten Gutachter in keinem Fall das Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53a StPO zubilligen, wäre dies eine erhebliche Erschwerung für die eigene Ermittlungstätigkeit des Verteidigers. Wenn er gewärtigen müsste, dass der von ihm beauftragte Gutachter auch dann vernommen werden könnte, wenn sein Ergebnis für die Verteidigung nachteilig ausfällt, wird er sich im Zweifelsfall hüten, ein solches Gutachten in Auftrag zu geben, wenn er den Auftrag vor den Ermittlungsbehörden nicht verbergen kann. Die jetzige Auslegung des § 53a StPO stellt jedenfalls nicht gerade eine Einladung an die Verteidiger dar, selbst Gutachter zu beauftragen.

Dass der Verteidiger selbständig und ausserhalb der Hauptverhandlung Zeugen befragen kann, und zwar unabhängig davon, ob sie bereits vernommen wurden oder nicht, ist heute im Grundsatz unstrittig <sup>(4)</sup>. Die Form der Zeugenbefragung ist dem Verteidiger freigestellt, das Wichtigste ist eine sorgfältige Dokumentation. Hier ist das zuverlässigste Mittel der Tonbandmitschnitt, im Idealfall mit Zustimmung des befragten Zeugen. Ein solcher Mitschnitt hat auch den großen Vorteil, dass es hinterher keine Möglichkeit mehr gibt, dem Verteidiger unzulässige Befragungsmethoden vorzuwerfen. Natürlich besteht immer die Gefahr, dass der Zeuge dann, wenn er weiß, dass mitgeschnitten wird, etwas anderes sagt als dann, wenn er lediglich unter vier Augen befragt wird. Stefan König, der vor 10 Jahren bei der gleichen Veranstaltung zum gleichen Thema referierte, hat die Auffassung vertreten, dass in Ausnahmefällen die Herstellung heimlicher Tonbandaufnahmen von der Befragung des Zeugen durch den Verteidiger zulässig ist. Etwa dann, wenn durch den Mitschnitt der Zeugenaussage eine sonst drohende erhebliche Bestrafung des Mandanten abgewendet werden kann. König spricht in diesem Fall von einem Beweisnotstand und beruft sich auf den Gesichtspunkt des rechtfertigenden Notstandes bzw. der Notwehr oder auf den Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen <sup>(5)</sup>. König verweist auch auf die Rechtsprechung des BGH, der von Dritten hergestellte heimliche Tonband- bzw. Videoaufnahmen für grundsätzlich verwertbar im Strafprozess hält <sup>(6)</sup>. Bei der anzustellenden Güteabwägung im Einzelfall, wie sie das Bundesverfassungsgericht verlangt <sup>(7)</sup>, wird es sicher ein wichtiger Gesichtspunkt sein, dass es nicht darum geht, dass die Staatsgewalt in Grundrechte des Bürgers eindringt, um einen Beschuldigten zu überführen, sondern darum, dass ein Beschuldigter sich gegen einen Vorwurf, den der Staat gegen ihn erhebt, zur Wehr setzt und hierbei in die grundrechtlich geschützte Privatsphäre eines anderen Bürgers eindringt. Weil es schlimmer ist, wenn ein Unschuldiger verurteilt wird als wenn ein Schuldiger davon kommt, muss dem Bürger zu seiner Verteidigung mehr

erlaubt sein als dem Staat, um einen Beschuldigten zu überführen. Gleichwohl kann es sich nur um Ausnahmen in Beweisnotstandssituationen und bei gravierenden Strafdrohungen handeln.

Telefoniert der Verteidiger mit dem Zeugen, ist die elegantere Lösung das Mithörenlassen eines Kollegen oder Angestellten, notfalls auch hier ohne Einwilligung des Zeugen <sup>(8)</sup>.

Befragt der Verteidiger einen Zeugen, der ein Aussageverweigerungsrecht nach den §§ 52 ff. StPO hat und verweigert dieser Zeuge später im Prozess die Aussage, so darf der Verteidiger nach der Rechtsprechung des BGH über die Angaben des Zeugen bei ihm nicht vernommen werden <sup>(9)</sup>. Dies soll anscheinend unabhängig davon gelten, ob der Verteidiger den Zeugen zuvor über sein Zeugnisverweigerungsrecht belehrt hatte. Damit wird der Verteidiger vom BGH behandelt wie ein vernehmender Polizeibeamter, während bekanntlich die vorherige Vernehmung des Richters, der belehrt, im Strafprozess verwertbar ist, auch wenn der Zeuge dann von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch macht <sup>(10)</sup>.

Vernimmt der Verteidiger einen Zeugen ausserhalb der Hauptverhandlung, so stellt dies immer auch eine Art von Einwirkung auf den Zeugen dar – insofern besteht kein Unterschied zu einer Vernehmung durch andere Verfahrensbeteiligte. Über die zulässige Einwirkung auf den Zeugen durch den Verteidiger hat Leipold an gleicher Stelle 1997 berichtet <sup>(11)</sup>. Schon seinerzeit war klar, dass der Verteidiger das Recht hat, darauf hinzuwirken, dass ein für seinen Mandanten unliebsamer Zeuge die Aussage in zulässiger Weise verweigert. Leipold argumentiert hier sehr einleuchtend damit, dass dem Verteidiger nicht weniger Recht zustehen könne als jedem beliebigen Dritten, dem es ebenfalls freisteht, auf einen Zeugen in dieser Weise einzuwirken. Entsprechend heisst es bereits in den 1992 veröffentlichten Thesen zur Strafverteidigung des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer, dass der Verteidiger sogar verpflichtet sein kann, eigene Erhebungen anzustellen und zur Wahrung dieser Aufgabe mit allen Personen Kontakt aufzunehmen, die für die Verteidigung von Bedeutung und Nutzen sein können und auf einen Zeugen mit dem Ziel einzuwirken, dass er von einem Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrecht Gebrauch macht <sup>(12)</sup>. Zutreffend nennt Leipold auch die Grenzen der Einwirkung auf einen Zeugen, die darin liegen, wenn der Zeuge in seiner Willensfreiheit beeinflusst wird, indem man ihn täuscht, nötigt, einschüchtert oder bedroht <sup>(13)</sup>.

So klar diese Grenzziehung ist, so kann es doch auch immer wieder zu Fällen in einer Grauzone kommen. Einen dieser Fälle hat der BGH am 09.05.2000 entschieden <sup>(14)</sup>. Es handelte sich um einen Fall des versuchten schweren Menschenhandels in Tateinheit mit Körperverletzung. Der Angeklagte war im wesentlichen aufgrund der Aussage der Zeugin F. verurteilt worden, die vor dem Amtsgericht bekundet hatte, er habe sie mehrfach geschlagen, um sie zur Aufnahme der Prostitution zu bestimmen. Gegen das Urteil legte die Verteidigerin des Angeklagten Berufung ein. Zwischen der ersten und der zweiten Instanz kam ihr zu Ohren, dass die Zeugin F. zu Freunden geäußert habe, sie habe gegen ihren früheren Freund eine Falschaussage gemacht und wolle diese widerrufen. Die Zeugin erschien dann in der Kanzlei der Verteidigerin und bestätigte dies. Die Verteidigerin gewann allerdings den Eindruck, dass mit einer Aussageänderung der Zeugin nur zu rechnen sei, wenn Schmerzensgeld gezahlt würde. Die Zeugin hielt nämlich an ihrer Aussage, sie sei geschlagen worden, fest, behauptete jedoch nun nicht mehr, dass ein Zusammenhang mit der Prostitutionsausübung bestanden hätte. Unter Vermittlung des Anwalts der Zeugin kam es dann zu einer Vereinbarung, in der es heisst:

*„1. Gemäß der Sachlage wird Frau F. in der anstehenden Berufungshauptverhandlung am 27.04.1995 vor dem Landgericht Augsburg ihre Aussage dahingehend berichtigen, dass Herr S. die geschilderten Körperverletzungen vom 10.09.1993 und 12.04.1994 nicht beging, da sich Frau F. weigerte, für ihn auf den Strich zu gehen. Auch zu anderen Zeitpunkten hatte Herr S. Frau F. nicht dazu aufgefordert (...). Mit dieser Maßgabe sind die geschilderten Körperverletzungen zutreffend (...). 2. Herr S. bestätigt die Richtigkeit der so korrigierten Sachdarstellung und wird auch gegenüber dem Landgericht Augsburg eine entsprechende Erklärung abgeben. 3. Frau F. verpflichtet sich, den gestellten Strafantrag zurückzunehmen. 4. Herr S. verpflichtet sich, 15.000 DM an Frau F. zu bezahlen, wenn im Urteil des Landgerichts Augsburg (...) keine Verurteilung wegen versuchten schweren Menschenhandels zum Nachteil von Frau F. erfolgt. Nach Zahlungseingang wird das beim Amtsgericht Augsburg anhängige Verfahren (wegen Schadensersatz der Zeugin F., H.W.) übereinstimmend für erledigt erklärt und eine Kostenentscheidung durch das Gericht nach § 91a ZPO beantragt. (...).“*

Kurz vor der Berufungshauptverhandlung besprach die Verteidigerin mit der Zeugin den Vertragsentwurf. Nach einigen handschriftlichen Änderungen unterzeichneten sowohl die Zeugin F. als auch der Angeklagte S. die Vereinbarung. In der Berufungshauptverhandlung sagte F. entsprechend der Vereinbarung aus, allerdings glaubte man ihr nicht und der Angeklagte wurde gleichwohl verurteilt. Anschließend wurde die Verteidigerin wegen versuchter Strafvereitelung in Tateinheit mit versuchter Anstiftung zur uneidlichen Falschaussage der Zeugin angeklagt und vom Landgericht in I. Instanz zu 10 Monaten auf Bewährung verurteilt. Auf ihre Revision hin hob der 1. Strafsenat das Urteil auf und sprach die Verteidigerin frei. Hierbei legt der BGH zunächst die Feststellung des Landgerichts zugrunde, dass nicht klar war, welche der Aussagen der Zeugin zutreffend gewesen war. Eine positive Kenntnis der Verteidigerin sowohl von der Richtigkeit als auch von der Unrichtigkeit der Aussage schloß bereits das Landgericht aus, ging jedoch davon aus, dass der Verteidigerin bewusst war, dass die vorgesehene Aussage der Zeugin auch falsch sein könne. Gleichwohl habe sie zum Vorteil ihres Mandanten gewollt und veranlasst, dass die Zeugin in der angestrebten Weise ausgesagt habe, um ihrem Mandanten zu nutzen. Das Landgericht hatte das Verhalten der Verteidigerin als untauglichen Versuch der Strafvereitelung in Tateinheit mit untauglicher versuchter Anstiftung zur uneidlichen Aussage gewertet. Die Wahrheitsfindung des Gerichts sei nach Auffassung des Landgerichts dadurch erschwert worden, dass ihm kein unbeeinflusstes Beweismittel mehr zur Verfügung gestanden habe.

Demgegenüber weist der BGH darauf hin, dass der Verteidiger grundsätzlich alles tun darf, was in gesetzlich nicht zu beanstandender Weise seinem Mandanten nützt, wenn er sich bei seinem Vorgehen auf verfahrensrechtlich erlaubte Mittel beschränkt und sich jeder bewußten Verdunkelung des Sachverhaltes enthält. Der BGH fährt fort:

*„Auf der anderen Seite darf der Verteidiger solche Tatsachen und Beweismittel einführen, die einen von ihm lediglich für möglich gehaltenen Sachverhalt belegen können. Dies ist ihm (...) nicht nur gestattet; es kann sogar geboten sein.“*

und weiter: *„Soweit es – wie hier – um Zeugenaussagen geht, darf der Verteidiger zwar nicht wissentlich falsche Tatsachen behaupten und hierfür Zeugen benennen (...). Auch darf er einen Zeugen nicht absichtlich in einer vorsätzlichen Falschaussage bestärken (...). Er kann eigene Ermittlungen führen und insbesondere Zeugen auch ausserhalb der Hauptverhandlung befragen (...). Hat er lediglich Zweifel an der Richtigkeit einer Zeugenaussage, die seinen Mandanten entlasten könnte, so ist es ihm nicht verwehrt, den Zeugen zu benennen; er wird dazu sogar regelmäßig verpflichtet sein. Anderenfalls würde er in Kauf nehmen, ein möglicherweise zuverlässiges entlastendes Beweismittel zu unterdrücken (...).*

Richtig führt der BGH aus, dass die Besonderheit des vorliegenden Falles darin besteht, dass die Verteidigerin an einer Vereinbarung mitgewirkt hat, wonach die Zahlung von Schmerzensgeld an die Bedingung geknüpft war, dass der Angeklagte aufgrund der Aussageänderung der Zeugin vom Berufungsgericht nicht wegen Menschenhandels verurteilt werde. Damit war, wie der BGH ebenfalls zutreffend ausführt, die Vereinbarung der Geldzahlung gleichsam das Erfolgshonorar für eine erfolgreiche Entlastungsaussage. Der BGH erörtert dann die Möglichkeit, dass die Gefahr bestand, die Zeugin werde nur deshalb möglicherweise falsch aussagen, weil sie sich davon Geld versprach. In diesem Zusammenhang wird ausgeführt, dass „ein Verteidigerhandeln dann nicht mehr zulässig (ist), wenn der Verteidiger darauf hinwirkt, dass einem Zeugen für sein bestimmtes Aussageverhalten die Zahlung eines Geldbetrages versprochen wird, ohne dass dafür sonst eine Anspruchsgrundlage gegeben ist.“ Dieser Fall lag hier allerdings nicht vor, da die Zeugin prinzipiell einen Schmerzensgeldanspruch hatte. Weiter heißt es in dem Urteil des BGH: *„Dem Einfluß auf die Motivation der Zeugin aufgrund des ‚Erfolgshonorars‘ stand auf der anderen Seite eine Beeinträchtigung der Interessen des Angeklagten gegenüber, welche die Verteidigerin wahrzunehmen hatte. Ein derartiges ‚Angebot‘ der Belastungszeugin verlangt eine Abwägung zwischen der Pflicht, Beweisquellen nicht zu trüben und dem Verteidigungsauftrag. Wäre die Verteidigerin auf das ‚Angebot‘ nicht eingegangen, so drohte – jedenfalls aus ihrer Sicht – ein Urteil zu Lasten ihres Mandanten aufgrund einer möglicherweise falschen Belastungsaussage.“*

Der BGH befaßt sich weiter mit der Frage, ob möglicherweise eine Überschreitung der Grenzen zulässigen Verteidigerhaltens darin gesehen werden könne, dass die Verteidigerin die Tatsache, dass sie die genannte Vereinbarung mit der Zeugin abgeschlossen hatte, dem Gericht nicht offenbarte, so dass diese Tatsache in die Beurteilung der Glaubwürdigkeit der Zeugin nicht einfließen konnte. Im Ergebnis läßt der BGH eine Verurteilung wegen versuchter Strafvereitelung an dem fehlenden direkten Vorsatz scheitern. Da die Verteidigerin nicht positiv wußte, dass die angestrebte Aussage der Zeugin falsch war, schied ein direkter Vorsatz aus. Allerdings merkt der BGH an, dass es wohl regelmäßig empfehlenswert gewesen wäre, die Vereinbarung zwischen der Verteidigerin und der Zeugin dem Gericht zu offenbaren, schon, um den bösen Anschein einer Trübung einer Beweisquelle zu vermeiden. Es habe jedoch keine Rechtspflicht zur Offenbarung für die Verteidigerin bestanden. Eine solche Rechtspflicht käme nur dann in Betracht, wenn die Verteidigerin positiv gewußt hätte, dass die Aussage falsch sei und wenn sie zudem die erkannte falsche Aussage veranlasst oder beeinflusst hätte. Beides traf hier nicht zu.

Der 1. Senat hat in dieser Entscheidung in einleuchtender Weise die Grenze der Einwirkung des Verteidigers auf einen Zeugen deutlich gemacht und hierbei die gleichen Grundsätze angewandt, die er bereits im Urteil vom 01.09.1992 formuliert hat (15). Bei diesem Fall war es darum gegangen, dass der Verteidiger im Interesse seines Mandanten eine Urkunde vorgelegt hatte, von der er billigend in Kauf nahm, dass sie gefälscht war. Seinerzeit hatte der BGH ausgeführt: *„Ein Strafverteidiger ist verpflichtet, seinen Mandanten bestmöglich zu verteidigen. Ihm vorliegende oder zugängliche Beweismittel zugunsten seines Mandanten muss er einbringen. In diesem Rahmen ist er zwar verpflichtet, darauf zu achten, dass er nicht gefälschte oder sonst als unrichtig erkannte Beweismittel vorlegt. Hat er aber insoweit lediglich Zweifel an der Echtheit, ist er deshalb nicht befugt, ein Beweismittel zurückzuhalten. Andernfalls würde er in Kauf nehmen, ein möglicherweise echtes, entlastendes Beweismittel zu unterdrücken.“*

Beide Entscheidungen lohnen, immer wieder durchgearbeitet zu werden, weil sie die Grenze des zulässigen Verteidigerhandelns bei der Gewinnung von Informationen und deren Einspeisung in das Verfahren auf anschauliche und das Wesen der Verteidigung durchaus zutreffend charakterisierende Weise wiedergeben.

In geeigneten Fällen kann der Verteidiger auch **eigene Sachverständige** beauftragen und das Ergebnis von deren Tätigkeit entweder auf dem Wege des üblichen Beweisanspruches oder auf dem Wege der direkten Ladung gemäß § 220 StPO in das Verfahren einführen. Zu diesem Thema gibt es leider gegenüber früheren Beobachtungen nichts grundsätzlich Neues zu sagen. Nach wie vor ist es so, dass viele Sachverständige sich weigern, der Bitte des Verteidigers zu entsprechen und ohne Auftrag des Gerichts oder der Staatsanwaltschaft gutachterlich tätig zu werden. Gelingt es dem Verteidiger schließlich doch, einen Sachverständigen dazu zu bringen, für ihn ein Gutachten zu erstellen und dieses vor Gericht auch vertreten zu wollen, so muss man auch heute noch immer wieder erleben, dass diese Gutachter von der Staatsanwaltschaft beargwöhnt und vom Gericht als Sachverständige zweiter Klasse behandelt werden. Besonders krass ist mir ein Fall in Erinnerung geblieben, in dem ich für einen italienischen Angeklagten aus Italien einen Facharzt für Psychiatrie beschaffte, um die Tatsache von dessen jahrelanger Drogenabhängigkeit in die Hauptver-

handlung in Nürnberg einführen zu können. Der Angeklagte war auf der Durchreise durch Deutschland mit einer größeren Menge Rauschgift festgenommen worden und hatte sich zuvor in Italien in einer Drogentherapieeinrichtung in stationärer Behandlung befunden. Der Leiter der Einrichtung war zufälligerweise ein deutscher Facharzt für Psychiatrie, dessen berufliche Qualifikation über jeden Zweifel erhaben war. Die Strafkammer hatte, obwohl die Vorgeschichte des Angeklagten bekannt war, vor der Hauptverhandlung keinerlei Interesse an einer Aufklärung der Suchtgeschichte des Angeklagten gezeigt, ebenso wenig wie die Staatsanwaltschaft, als sie ihre Anklage fertigte. Meine Ankündigung, dass ich den Sachverständigen aus Italien einfliegen lassen würde, war kommentarlos zur Kenntnis genommen worden. Als nun der Sachverständige am Beginn der Hauptverhandlung tatsächlich eintraf und von mir gemäß § 220 StPO präsentiert wurde, reagierte der Strafkammervorsitzende in der Weise, dass er sich nicht etwa anhörte, was der Sachverständige zu sagen hatte und daraufhin entschied, ob weitere Ermittlungen notwendig waren, sondern er setzte die Hauptverhandlung nach 5 Minuten mit der Begründung aus, nun, da die Verteidigung einen Sachverständigen beschafft habe, müsse auch das Gericht sich um einen solchen bemühen und beauftragte den örtlichen Landgerichtsarzt mit der Erstellung eines Gutachtens. Der Prozess wurde dann nach einigen Monaten noch einmal begonnen, der Sachverständige musste ein zweites Mal anreisen. Diesmal eröffnete der Vorsitzende die Befragung des Sachverständigen damit, dass er die Vorlage seiner Approbationsurkunde verlangte. Deutlicher kann ein Richter seine Abneigung gegen Sachverständige, die von der Verteidigung beigebracht werden, nicht demonstrieren. Die Beispiele ließen sich fast beliebig fortführen.

Wenig erfreulich ist nach wie vor die Frage der **Kostenerstattung** eigener Ermittlungen der Verteidigung. Nach herrschender Meinung werden die durch eigene Ermittlungen verursachten Kosten grundsätzlich nicht erstattet, da diese in der Regel als nicht notwendig i.S.d. §§ 467, 464a StPO angesehen werden, da behauptet wird, der Beschuldigte habe die Möglichkeit, bei den Ermittlungsbehörden die notwendigen Beweiserhebungen anzuregen oder zu beantragen<sup>(16)</sup>. Diese offenbar nicht ausrottbare herrschende Meinung wird auch im neuesten Kommentar von Meyer-Goßner aus dem Jahre 2006 unverändert wiederholt<sup>(17)</sup>. Immerhin schränkt Meyer-Goßner diesen Grundsatz, der für Detektiv- und Gutachtenkosten gelten soll, in der Weise ein, dass etwas anderes gelten kann, wenn die Aufwendungen für die Abwehr des Anklagevorwurfs unbedingt notwendig waren oder das Verfahren gefördert haben oder durch eine besondere Prozesslage eiliges Handeln des Verteidigers geboten war und nennt dazu eine Reihe von neueren obergerichtlichen Entscheidungen<sup>(18)</sup>. Hier bleibt allerdings ein so erhebliches Restrisiko für den Beschuldigten, letztlich selbst im Falle des Freispruchs auf den Kosten sitzen zu bleiben, dass nicht wohlhabende Mandanten im Regelfall abgeschreckt werden, den Verteidiger um entsprechende Aktivitäten zu bitten.

Für den Pflichtverteidiger kommt § 46 II RVG in Betracht. Danach kann der Verteidiger die Erforderlichkeit eigener Ermittlungen feststellen lassen, bevor er die Maßnahmen ergreift, die Kosten auslösen<sup>(19)</sup>. Hier gilt allerdings derselbe Vorbehalt, wie bei der nachträglichen Kostenerstattung des Wahlverteidigers: Dieselben Gesichtspunkte, die ins Feld geführt werden, um darzulegen, dass die Kosten deshalb nicht notwendig sind, weil der Verteidiger ja die Möglichkeit gehabt hätte, bei den Ermittlungsbehörden entsprechende Beweiserhebungen anzuregen, werden auch bei der vorherigen Entscheidung über die Notwendigkeit derartiger Auslagen eine Rolle spielen. Tatsächlich existieren nach meiner Kenntnis sehr wenige Erfahrungen mit solchen Anträgen von Pflichtverteidigern nach § 46 II RVG. Vielleicht sollten wir hier einfach etwas kreativer sein, um die Grenzen auszutesten. Freilich ist der Anreiz dafür nicht besonders groß und der Mut kann einem schon sinken, wenn man in der Kommentarliteratur zu § 46 II RVG nachlesen kann, dass nicht einmal eine Verpflichtung des Gerichts besteht, über eine derartige Voranfrage des beigeordneten Anwalts zu anderen Auslagen als Reisekosten sachlich zu entscheiden<sup>(20)</sup>. Zum Teil wird der Rechtsanwalt nämlich auch auf § 47 RVG verwiesen, zunächst vom Kostenbeamten einen Auslagenvorschuss anzufordern. Wer sich einmal mit dem Kostenbeamten über die Notwendigkeit der Zahl von Fotokopien aus den Akten gestritten hat, wird auf derartige Anträge wenig Hoffnung setzen.

### **Um es in aller Deutlichkeit zu sagen:**

So lange die Kostenfrage vom Gesetzgeber nicht eindeutig in der Weise gelöst wird, dass prinzipiell die Kosten der eigenen Ermittlungstätigkeit des Verteidigers zu den üblichen Verfahrenskosten zählen, wird keine Belebung der Verteidigertätigkeit auf diesem Gebiet stattfinden, so wünschenswert sie sein mag.

## **2.**

### **Eigene Ermittlungen des Verteidigers und die veränderte Situation des deutschen Strafprozesses**

Seit einigen Jahren ist der Deal, d.h. die außerhalb der Hauptverhandlung stattgefundene Absprache zwischen den Prozessbeteiligten über den Verlauf und den Ausgang des Strafverfahrens, zu einem beherrschenden Thema geworden. Hintergrund dieser breiten Diskussion ist die Tatsache, dass ein hoher und stets zunehmender Prozentsatz von Strafverfahren auf diese Weise durchgeführt und zu einem vorzeitigen Ende gebracht wird. Da es dafür bis jetzt keinerlei gesetzliche Regelungen gibt, hat der Bundesgerichtshof in seinen bekannten Entscheidungen Mindestregeln für den Deal aufgestellt und den Gesetzgeber unmißverständlich aufgefordert, tätig zu werden. Bereits die rot-grüne Bundesregierung hatte einen Anlauf in dieser Hinsicht unternommen. Auch die jetzige Regierungskoalition hat sich des Themas wieder angenommen. Es liegen umfangreiche Stellungnahmen der Strafverteidigerorganisationen zu der Frage vor, ob und wie der Deal geregelt werden sollte. Unabhängig davon besteht er ohne gesetzliche Regelung fort

und nimmt nach meinen Beobachtungen sogar noch zu, indem er sich auf Bereiche ausbreitet, in denen er noch vor kurzem undenkbar gewesen wäre, wie bei Staatsschutz- und Kapitaldelikten.

Gleichgültig, wie man zur gesetzlichen Regelung des Deals steht, hat seine massenhafte praktische Ausführung bereits heute das Gesicht des deutschen Strafprozesses wesentlich verändert. Dies hat auch Auswirkungen für unser Thema, nämlich die Durchführung eigener Ermittlungen und die Einspeisung der so gewonnenen Informationen in den richterlichen Erkenntnisprozess. Grundlage einer Absprache ist in aller Regel das Ergebnis des Ermittlungsverfahrens. Dieses Ermittlungsverfahren ist jedoch nach den Vorstellungen des Gesetzgebers von 1871 Aktionsfeld der Exekutive. Dies dürfte der Grund dafür sein, dass es keine einzige Vorschrift in der StPO gibt, die sich positiv mit der eigenen Ermittlungstätigkeit des Verteidigers befasst, die in diesem Zusammenhang gerne zitierten Vorschriften der §§ 246 Abs. 2 und 364b Abs. 1 Nr. 1 StPO regeln Randprobleme. Es ist eindeutig, dass dem Verteidiger im deutschen Ermittlungsverfahren keine aktive Rolle zugeschrieben wird. Er hat kein Anwesenheitsrecht bei den in aller Regel entscheidenden ersten polizeilichen Vernehmungen, wird bei der Auswahl des Sachverständigen allenfalls angehört und seine Wünsche auf Zeugenvernehmungen und sonstige Beweiserhebungen im Ermittlungsverfahren sind nur Anregungen, denen Polizei und Staatsanwaltschaft nachkommen können aber nicht müssen. Diese Sicht des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens haben zweifellos viele Richter und Staatsanwälte verinnerlicht, so dass eine eigene Ermittlungstätigkeit des Verteidigers ihnen befremdlich und systemfremd erscheint. Möglicherweise erklärt dies das Mißtrauen und die Ablehnung, von denen Kommentatoren wie Dahs und andere berichten und die wir täglich spüren, wenn wir selbst ermitteln.

Der Einseitigkeit des deutschen Ermittlungsverfahrens stand dann nach Zulassung der Anklage und Beginn der Hauptverhandlung deren relative Offenheit und die behauptete Waffengleichheit von Verteidigung und Staatsanwaltschaft gegenüber. Die Hauptverhandlung war der Ort, wo der Angeklagte die Gelegenheit hatte, die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens durch eigene Aktivitäten zu korrigieren. Die schärfste Waffe dafür ist das in Deutschland sehr differenziert ausgebildete Beweisantragsrecht, das der Verteidigung vielfältige Möglichkeiten gibt, auf das Ergebnis des Strafprozesses einzuwirken. Der Beschuldigte und sein Verteidiger können die vom Gericht geladenen Zeugen und Sachverständigen befragen, eigene Zeugen benennen und sonstige Beweismittel einführen, die geeignet sind, das von den Ermittlungsbehörden gezeichnete Bild der Tat und des Angeklagten zu korrigieren. Soweit die Theorie.

In der Praxis der prozessualen Absprache stellt sich der Sachverhalt erheblich anders dar. Auf der Basis des von den Ermittlungsbehörden zusammengetragenen wesentlichen Ergebnisses der Ermittlungen in der Anklageschrift bildet sich das Gericht ein vorläufiges Urteil und lotet in Gesprächen mit Staatsanwaltschaft und Verteidigung eine für angemessen gehaltene Strafe aus. In aller Regel werden zu diesem Zeitpunkt eigene Ermittlungsergebnisse der Verteidigung nicht zu den Akten gelangt und daher auch nicht Gegenstand der Überlegungen des Gerichts geworden sein. Nur in Ausnahmefällen wird der Verteidiger die von ihm ausfindig gemachten Entlastungszeugen vor einer Hauptverhandlung benennen und sie damit der von ihm nicht mehr zu kontrollierenden Befragung durch die Polizei aussetzen. Auch die Frage, ob ein Zeuge von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch macht oder nicht, wird erst in der Hauptverhandlung entschieden werden. Üblicherweise wird der Verteidiger die von ihm gewonnenen Ermittlungsergebnisse für die Hauptverhandlung zurückhalten, um so ein mögliches Überraschungsmoment auszunutzen.

Alle diese klassischen Verteidigungsstrategien, die den Reiz der traditionellen Strafverteidigung ausmachten und der Hauptverhandlung ihre Bedeutung verliehen, so dass das Gesetz davon sprechen konnte, das Urteil werde aus ihrem Inbegriff geschöpft, werden mit der Verbreitung des Deals gegenstandslos. Will die Verteidigung erreichen, dass die Ergebnisse ihrer eigenen Ermittlungen Einfluss auf die Verhandlungen über eine einverständliche Beendigung des Prozesses nehmen können, so muss sie dafür sorgen, dass sie spätestens nach der Einreichung der Anklageschrift zu den Akten gelangen. Geschieht dies nicht, muss die Verteidigung auf eine Absprache verzichten und entsprechende Angebote des Gerichts ausschlagen, bis sie Gelegenheit hatte, ihre Ermittlungsergebnisse in der mündlichen Verhandlung zur Geltung zu bringen. Dies bedeutet auch, dass die Verteidigung sich sehr frühzeitig darüber im Klaren sein muss, ob der Fall sich für eine Absprache eignet oder nicht. Dies wird insbesondere dann zu verneinen sein, wenn die Art der vom Verteidiger **beigebrachten** eigenen Informationen oder – wie bei einer herbeigeführten Zeugnisverweigerung – aufgrund der Tätigkeit des Verteidigers die **Sperre** von Informationen erst in einer Hauptverhandlung wirksam werden können. In solchen Fällen wird der Verteidiger eine Absprache jedenfalls so lange ablehnen müssen, bis er Gelegenheit hatte, die von ihm beigebrachten Informationen in die Hauptverhandlung einzuführen und somit zu ermöglichen, sie zur zusätzlichen Grundlage einer Verfahrensabsprache zu machen.

Ich fürchte, die Zeitläufe stehen nicht günstig für die Ermöglichung eigener Informationsgewinnung des Verteidigers.

Während der zur Zeit der rot-grünen Regierungskoalition vorgelegte Diskussionsentwurf neben einer gesetzlichen Regelung des Deals auch vorsah, die Rechte der Verteidigung im Ermittlungsverfahren zu stärken und somit wenigstens den gedanklichen Zusammenhang zwischen beiden Reformansätzen wahrte, ist dieser Zusammenhang jetzt zerrissen. Vorschläge zur Stärkung der Rechte der Verteidigung im Ermittlungsverfahren sind in der Versenkung verschwunden. Diskutiert wird nur noch isoliert die gesetzliche Regelung des Deals. Auf der anderen Seite gibt es eine gemeinsame Bundesratsinitiative der Bundesländer Bayern, Nordrhein-Westfalen und Hessen, die im September 2006 eingebracht wurde und die eine wesentliche Verschlechterung im Ermittlungsverfahren vorsieht. Danach soll nämlich eine gesetzliche Verpflichtung des Bürgers eingeführt werden, polizeilichen Ladungen Folge zu leisten und sogar zur Sache auszusagen<sup>(21)</sup>. Eine solche Erscheinungspflicht des Bürgers bei der Polizei hätte eine wesentliche Verschiebung der Gewichte im Ermittlungsverfahren zu Ungunsten des Beschuldigten und seiner Verteidigung zur Fol-

ge. Kann der Verteidiger jetzt noch Zeugen raten, der polizeilichen Ladung keine Folge zu leisten und sich allenfalls von Staatsanwalt und Richter vernehmen zu lassen mit der Möglichkeit einer Anwesenheit des Verteidigers, so entfällt diese Möglichkeit der Einwirkung auf das Ermittlungsverfahren mit der Gesetzesänderung. Der Verteidiger wäre noch mehr an den Rand des Ermittlungsverfahrens gedrängt.

Wir sollten uns mit allen uns zur Verfügung stehenden Möglichkeiten dagegen wehren, dass diese ganz erhebliche Verschlechterung der Position des Beschuldigten unter dem wohlfeilen Etikett „*Effektivierung des Strafverfahrens*“ Gesetz wird. Statt weniger Rechte des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren hinzunehmen, müssen wir dafür kämpfen, dass seine Rechte ausgeweitet werden. Andernfalls entsteht unter dem Einfluß des um sich greifenden und offenbar unaufhaltsamen Deals eine strukturelle Verschiebung der Gewichte zu Lasten des Beschuldigten, deren Ergebnisse für uns noch nicht übersehbar sind und an deren Ende ein Strafverfahren stehen wird, das mit dem reformierten Strafprozess des 19. Jahrhunderts keine Ähnlichkeit mehr hat.

- (1) leicht überarbeitetes Referat des Verfassers auf dem 23. Herbstkolloquium der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des DAV am 10. und 11. November 2006 in Dresden
- (1a) Dahs, Handbuch des Strafverteidigers, 2003, Rdnr. 288
- (1b) Noch im Januar 2005 verbat sich der LtD. Oberstaatsanwalt in Baden-Baden in einem persönlichen Schreiben an einen Kollegen ausdrücklich, dass dieser in eigener Initiative Zeugen vernähme und die so gefertigten Protokolle in die Ermittlungsverfahren einführe. Die so zustande gekommenen Vernehmungsprotokolle hätten nur einen „eingeschränkten Beweiswert, weil der Verteidiger zwar Organ der Rechtspflege ist, aber nur die zugunsten eines Beschuldigten sprechenden Gesichtspunkte geltend machen muss“. Diese Haltung ist offenbar unausrottbar, trotz BGH und allen einschlägigen Handbüchern.
- (2) Meyer-Goßner, StPO, 49. Aufl. 2006, Rdnr. 2 zu § 53a m.w.Nw.
- (3) Senge in Karlsruher Kommentar zur StPO, 2003, Rdnr. 3 zu § 53a; zum Streitstand Meyer-Goßner, a.a.O. FN 2
- (4) Burhoff, Handbuch f.d. strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 2003, S. 352; Dahs, a.a.O.; BGHSt 46, 1
- (5) König, StrafO 96, 98, 101
- (6) BGH NJW 89, 2760; ebenso König, a.a.O. FN 18 m.w.Nw.; Burhoff, a.a.O.
- (7) BVerfGE 34, 238, 248
- (8) BGH NJW 82, 1397
- (9) BGHSt 46, 1; die gegenteilige Meinung Leipolds in StrafO 98, 82 ist damit überholt
- (10) stRSpr. des BGH, Nachweise bei Meyer-Goßner, Rdnr. 13/14 zu § 252
- (11) Leipold, StrafO 98, 82
- (12) Thesen zur Strafverteidigung/ Strafrechtsausschuss der BRAK, Schriftenreihe der BRAK, Bd. 8, 55, 56, zit. bei Leipold a.a.O.
- (13) Leipold. a.a.O.
- (14) BGH NSTz 2001, 145
- (15) BGH NSTz 1993, 79 ff
- (16) Burhoff, a.a.O. Rdnr. 630
- (17) Meyer-Goßner, Rdnr. 16 zu § 464a
- (18) Meyer-Goßner, a.a.O., ebenso Burhoff Rdnr. 631
- (19) näher dazu Burhoff, Rdnr. 632
- (20) Schneider/Wolf, RVG, 2006, Rdnr. 62 zu § 46; früher bereits Gebauer/Schneider, BRAGO, 2002, Rdnr. 49 zu § 126
- (20a) Diskussionsentwurf für eine Reform des Strafverfahrens, März 2004
- (21) dazu Presseerklärung Nr. 32/06 des DAV vom 1.09.2006: „konzeptlose Rolle rückwärts bei Strafverfahren“, in [www.anwaltverein.de](http://www.anwaltverein.de)  
Der Vorschlag ist inzwischen zu einem Gesetzentwurf des Bundesrates geronnen (Drucksache 16/3659, Dt. Bundestag, 16. Wahlperiode). Er sieht in seinem § 163a VI StPO vor, dass eine Pflicht des Zeugen eingeführt werden soll, vor der Polizei zu erscheinen und zur Sache auszusagen, wenn der Ladung ein Auftrag oder ein Ersuchen der StA zu Grunde liegt.