StPO § 352

Ja, guter Mann, durch zweier Zeugen Mund
Wird allerwegs die Wahrheit kund.

BGH, Beschl. v. 15.4.2008 – 1 StR 104/08 (LG Augsburg)

3. Der Senat sieht Anlass zu folgenden ergänzenden Ausführungen:

Die Hauptverhandlung ... erstreckte sich in dieser verhältnismäßig einfach gelagerten Sache über 24 Verhandlungstage und hatte eine Gesamtdauer von über einem Jahr. Begreifbar wird dies erst, wenn man das Verhalten der Verteidigung und insbesondere den Inhalt einiger der von ihr gestellten zahlreichen Anträge ins Auge fasst. Beispielsweise beantragte sie einen bereits dreimal vernommenen Zeugen nochmals zu vernehmen, weil sie eine seiner Bekundungen anders verstanden habe als die StA. ... Die Verteidigung wiederholte diesen Antrag in unterschiedlichen Varianten noch viermal ... und lehnte das Gericht in Reaktion auf einen der sachgerechten Zurückweisungsbeschlüsse wegen Befangenheit ab. ... Die Nutzung der durch die Strafprozessordnung gewährleisteten Verfahrensrechte in einer solchen Weise ist mit der Wahrnehmung der Aufgabe der Verteidigung, den Angekl vor einem materiellen Fehlurteil oder (auch nur) einem prozessordnungswidrigen Verfahren zu schützen, nicht mehr zu erklären.

Rechtsanwalt L aus M, der den Angekl bereits vor dem LG verteidigt hatte, ... macht ... geltend, ... der Vorsitzende ... und der Berichterstatter *[hätten]* zu Beginn der Hauptverhandlung für den Fall eines Geständnisses ... mit ... 26 Taten eine Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten in Aussicht gestellt ..., wohingegen er ohne Geständnis für ... sieben Taten bei Freispruch in 19 Fällen tatsächlich zu acht Jahren und sechs Monaten verurteilt worden sei. Der Vorsitzende und der Berichterstatter haben hierzu folgende dienstliche Stellungnahme abgegeben:

„Dem Angekl wurde ... zu keiner Zeit ein bestimmtes Strafmaß oder eine Strafobergrenze in Aussicht gestellt. ... Entgegenstehendes Revisionsvorbringen entspricht nicht der Wahrheit. Richtig ist, dass es ein ... Gespräch ... gegeben hat. ... Während dieses Gesprächs wurde seitens der anwesenden Richter überhaupt keine Strafe/Strafobergrenze in Aussicht gestellt. Vielmehr empfanden es beide anwesenden Berufsrichter als nicht angenehm, dass Rechtsanwalt L fortwährend pauschal wissen wollte, welches Strafmaß sich die Kammer denn so vorstelle. Eine Antwort, geschweige denn eine „Zusage" hat er auf sein wiederholtes Fragen nicht bekommen. Daraufhin hat er „Hypothesen" dergestalt aufgestellt, wie aus seiner Sicht die Vollstreckung für seinen Mandanten ablaufen könnte, würde [er] zu einer Strafe mit „einer 4 vor dem Komma" verurteilt werden. Kommentiert haben beide Richter diese ... Rechenbeispiele einzig damit, dass ... erklärt wurde, dass die Kammer ... sich ... konkret erst ... äußern will, wenn Verteidigung und StA Konsens ... erzielt hätten. ... "

Auf Grund dieser von der Revision nicht widersprochenen Erklärung muss der Senat nun auch noch mit Befremden zur Kenntnis nehmen, dass er mit unwahrem Vorbringen konfrontiert wurde.

Anmerkung

Der diesjährige 33. Strafverteidigertag in Köln[1] stand unter dem Generalthema „Strafverteidigung vor neuen Aufgaben". Die Schlussdiskussion fand zum Thema „Verteidigungsrechte und Wahrheitsfindung" statt.[2]

Die Strafverteidigung scheint tatsächlich vor neuen Aufgaben zu stehen. Sie ist offensichtlich ins Visier geraten und als neues „Objekt der Begierde" des BGH ausgemacht. Diese Einschätzung nährt ein Blick auf die jüngste Rspr. der Senate des BGH, die in der Entscheidung des 1. Strafsenats vom 15.4.2008 gipfelt, welche im Folgenden einer Anmerkung unterzogen werden soll.[3]

Dem Beschluss des BGH – 1. Strafsenat – ist eindeutig entgegenzutreten. Die Folgen für das zukünftige Strafprozessklima werden verheerend sein und sind sicherlich in ihrer vollen Tragweite nur zu erahnen.[4]

Der Senat hat sich in der Entscheidung – ohne Not[5] – auf die „kollegiale, richterliche Seite" geschlagen und damit zugleich den die Revision führenden Rechtsanwalt der Lüge bezichtigt.[6]

---

[1] 27.2. – 1.3.2009.

[2] Auf dem Podium diskutierten unter der Leitung von *Georg Restle* vom WDR, *Prof. Dr. Thomas Fischer*, Karlsruhe, *Prof. Dr. Stephan Barton*, Bielefeld, *LOStA Axel Vedder*, Aachen und *RA Axel Nagler*, Essen.

[3] Dabei soll nur der zweite Punkt des Beschlusses einer Betrachtung unterzogen werden. Zur Problematik des „Durchentscheidens" und dem damit verbundenen „Einbruch in die Domäne des Tatrichters" hat *Hamm* StV 2008, 205 ff., bereits ausführlich Stellung bezogen. Dem ist nichts hinzuzufügen.

[4] Er wird – soviel sei an dieser Stelle bereits vermutet – als „Persilschein" verstanden und missbraucht werden. Die StA Augsburg hat – ausweislich eines Berichtes der *Süddeutschen Zeitung* vom 10.2.2009 – diesen Beschluss als Einladung verstanden, gegen den, die Revision führenden Rechtsanwaltskollegen, ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren einzuleiten und mittlerweile auch Anklage zur Großen Strafkammer – wegen der besonderen Bedeutung gem. § 24 I Nr. 3 GVG – erhoben!

[5] Die Revision war bereits nach § 349 II StPO verworfen.

[6] Dabei kann es an dieser Stelle noch dahinstehen, ob die Weiterungen, die dieser Beschluss nunmehr genommen hat (Anklage), vorhergesehen wurden.

Unter diesen Umständen ist zu befürchten, dass der „Kampf um die Rechte des Beschuldigten“[7] nur noch um den Preis der Inkriminierung des Verteidigers gekämpft werden kann.

1. Hintergrund

Die Revision hatte vorgetragen, dass der Vorsitzende der Strafkammer und der Berichterstatter zu Beginn der Hauptverhandlung dem Angeklagten für den Fall eines Geständnisses i.S.d. Anklage mit den dort angeklagten 26 Taten eine Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten in Aussicht gestellt hatten und der Angeklagte nunmehr – ohne Geständnis – für die sieben nachgewiesenen Taten und bei Freispruch in den weiteren 19 Fällen tatsächlich zu acht Jahren und sechs Monaten verurteilt worden sei. Gerügt wurde ein Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens.[8]
Die beiden „betroffenen Richter“[9] haben im Revisionsverfahren dienstliche Stellungnahmen abgegeben, in denen sie den Revisionsvortrag als „nicht der Wahrheit entsprechend“ von sich wiesen.

2. Non liquet oder Glaubwürdigkeitsvorsprung

Es bestand also auf Grund des Revisionsvorbringens durch den Verteidiger und der eingeholten richterlichen Stellungnahmen – wollte man nicht einer Seite vorschnell den Vorzug geben – eine Situation „Aussage gegen Aussage“.[10]
Diese Situation eines non liquet hatte auch der Vertreter der Generalbundesanwältin in seiner Antragsschrift so gesehen und folgerichtig die Verwerfung dieser Rüge beantragt, da insofern in der entscheidenden Tatsachenfrage eine nicht ausreichend sichere Grundlage für eine erfolgreiche Verfahrensrüge vorliege und der Grundsatz in dubio pro reo nicht eingreife.
Dem GBA ist der Senat nur im Ergebnis gefolgt.
Noch ca. vier Monate zuvor hatte der 1. Senat eine vergleichbare Situation in seinem Beschl. v. 22.1.2008[11] herkömmlich aufgelöst und ausgeführt:
„Hier liegen vielmehr Erklärungen der Verteidigung einerseits und jedenfalls nicht weniger schlüssige und widerspruchsfreie Erklärungen von Staatsanwaltschaft und Gericht andererseits vor, die inhaltlich miteinander unvereinbar sind. Bei einer solchen Fallgestaltung fehlt regelmäßig eine ausreichend sichere Grundlage für eine erfolgreiche Verfahrensrüge.“
Auch dieser Beschluss betraf eine Revision gegen ein Urteil des LG Augsburg.
Auch in diesem Fall war von Seiten der Revisionsführer vorgetragen worden, dass durch die Kammer eine nicht schuldangemessene Strafe verhängt worden sei.
Auch in diesem Fall wurde vorgetragen, dass eine Strafobergrenze im Vorfeld erörtert worden sei.
Auch in diesem Fall widersprachen die Berufsrichter[12] in ihren dienstlichen Stellungnahmen dem Revisionsvortrag und bezeichneten ihn als „nicht der Wahrheit entsprechend“, „falsch“ und „befremdlich“.
Anders als in der Entscheidung vom 22.1.2008 hat der Senat sich nunmehr „auf eine Seite geschlagen“ und nicht nur die Verfahrensrüge als nicht erwiesen verworfen, sondern Veranlassung gesehen, „ergänzende Ausführungen“ zu machen und dem Revisionsführer vorgeworfen, den „Senat (...) mit unwahrem Vorbringen konfrontiert“ zu haben.
Es lohnt sich folglich, die möglichen Unterschiede herauszuarbeiten und ggfs. auf ihre Plausibilität hin zu hinterfragen.
Der Senat beginnt seine ergänzenden Ausführungen zunächst damit, dass das Verteidigungsverhalten des Instanzverteidigers, der auch der Revisionsführer war, ins Auge gefasst wird.
Der Senat sah sich zu folgender Feststellung veranlasst:
„Die Nutzung der durch die Strafprozessordnung gewährleisteten Verfahrensrechte in einer solchen Weise ist mit der Wahrnehmung der Aufgaben der Verteidigung, den Angeklagten vor einem materiellen Fehlurteil oder (auch nur) einem prozessordnungswidrigen Verfahren zu schützen, nicht mehr zu erklären.“
Diese Auffassung des Senats scheint „ins Bild zu passen“. Verteidigerverhalten – insbesondere in Verfahren, in denen kontrovers, kontradiktorisch und engagiert verteidigt wird – steht offensichtlich im Visier der verschiedenen Senate.[13] Diese Entscheidungen, die sich mit angeblich missbräuchlichem Verteidigerverhalten beschäftigen, scheinen einem Verteidigerbild zu entspringen, welches überkommen schien.[14] Unabhängig davon, dass diese „Haltungsnoten“ im Wege der „Ferndiagnose“ ohne den Eindruck der Hauptverhandlung i.S.v. § 261 StPO schwierig erscheinen, kann die Frage des Verteidigerverhaltens

---

[7] *Dahs* Handbuch des Strafverteidigers, 7. Aufl., Rn 1.

[8] Damit ist nicht direkt der Fall des „Aufzeigens der Sanktionsschere“ betroffen. Vgl. hierzu nur *Satzger*, in: Handbuch des Fachanwalts Strafrecht, 4. Aufl. 2009, 8. Teil 3. Kapitel Rn 28.

[9] Der Umstand, dass es sich um Stellungnahmen derjenigen Richtern handelt, deren Urteil durch die entsprechende Revision des Angeklagten kassiert werden soll, ist für die Einschätzung der Glaubhaftigkeit der Erklärung von entscheidender Bedeutung. Vgl. zur „Motivation der Auskunftsperson“ *Nack*, in: Grundlagen der Strafverteidigung, 2000, S. 221; ferner *Greuel et altera*, Glaubhaftigkeit der Zeugenaussage, 1998, S. 169.

[10] Vgl. zum nicht widerspruchsfrei bewiesen Verfahrensfehler *Detter* in: Handbuch des Fachanwalts Strafrecht, 4. Aufl. 2009, 3. Teil 2. Kapitel Rn 82.

[11] BGH – 1 StR 607/07.

[12] Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass die handelnden Protagonisten dieselben waren wie in dem Fall, der dem Senat für die Entscheidung am 15.4.08 vorlag. Dies hätte zur Vorsicht gezwungen.

[13] BGH – 1 StR 368/03 – vom 5.11.2003 zu: § 238 II; BGH – 5 StR 129/05 – vom 14.06.2005 zum Missbrauch von Antrags- und Stellungnahmerechten; BGH – 1 StR 114/05 – vom 18.10.2005 zur Zurückhaltung von Ablehnungsgründen; BGH – GSSt 1/06 – vom 23.4.2007 zur „unrichtigen“ Protokollrüge.

[14] *Dahs*, Handbuch des Strafverteidigers, 7. Aufl., Rn 1 spricht vom „Gehilfen des Bösen“. Illustrativ – und offensichtlich nicht nur von historischem Interesse – die Schilderung der „Missgunst, mit welcher die Vertheidigung angesehen“ wurde, *Vargha*, Die Vertheidigung in Strafsachen, 1879, S. 200 bei Fn 9.

allerdings nie ein Kriterium für die Frage der Wahrheit oder Unwahrheit von Verteidigungsvorbringen[15] sein.
Unabhängig davon nimmt es wunder, wenn der Senat der Verteidigung die Legitimität abspricht, obwohl offensichtlich durch die Verteidigung ein materielles Fehlurteil verhindert wurde. Von den ursprünglich 26 angeklagten Fällen verblieben nach Durchführung der Hauptverhandlung gerade noch sieben, nach durchgeführter Revision nur sechs.[16]
Möglicher – vordergründiger – Differenzierungsgrund zwischen den beiden Entscheidungen könnte sein, dass in dem einen Fall die Verteidiger auf die dienstlichen Stellungnahmen der Berufsrichter erwiderten, diese seien „schlichtweg falsch".[17] Bei näherer Betrachtung verfängt auch dieses nicht. Welchen Sinn hätte eine entsprechende Erklärung, dass der Revisionsführer bei seiner Darstellung der Gespräche bleibt?[18]
Nachdem der Senat eine (plausible) Erklärung dafür schuldig bleibt, wieso er den dienstlichen Stellungnahmen der Kollegen mehr Glauben schenkt als dem Revisionsvortrag, wäre Zurückhaltung geboten gewesen.
Es gibt keinen Erfahrungsgrundsatz, wonach Verfahrensbeteiligte glaubwürdiger als andere sind. Sowohl Richter als auch Rechtsanwälte leisten einen Eid[19] u.a. auf die „Wahrheit". Gerade aber die Tatsache, dass bereits ca. vier Monate vorher durch mehrere Revisionsführer ein vergleichbarer Sachverhalt betreffend dasselbe Gericht, ja dieselbe Kammer und dieselben Berufsrichter vorgetragen worden war, hätte zur Zurückhaltung gezwungen.

3. Fazit

Die Entscheidung des BGH – 1. Strafsenat – birgt Gefahren für die Strafprozesskultur in sich. Verteidigung, die Tatsachenvortrag des Verteidigers bedarf,[20] wird gefährlich ggfs. existenzbedrohend. In Fällen, in denen naturgemäß nichts protokolliert wird, wäre der Verteidiger in Zukunft daran gehindert, einen wahren Tatsachenvortrag vorzubringen, weil hiermit das Risiko des Bestreitens desselben durch die Tatrichter anlässlich der dienstlichen Stellungnahme bestünde und damit die Gefahr eigener Strafverfolgung für den Verteidiger.
Das wäre allerdings verheerend für die Strafprozesskultur.
Soll tatsächlich die neue Aufgabe der Strafverteidigung nach Ansicht des BGH darin bestehen, zu (ver-)schweigen?
Das hieße aber auch, den „Kampf ums Recht" aufgegeben zu haben.

Rechtsanwalt Dr. Jan Bockemühl, Regensburg

[15] Hierbei sei darauf verwiesen, dass mit Verteidigungsvorbringen nicht zwingend die Revisionserklärung des Verteidigers des Angeklagten gemeint sein muss, sondern ebenso die dienstlichen Erklärungen der Richter, die ggfs. ihr Urteil zu verteidigen haben.

[16] Hierbei sei angemerkt, dass die 19 Fälle nicht – wie sonst üblich – eingestellt wurden, sondern insofern Freisprüche (!) erfolgten.

[17] BGH – 1 StR 607/07 – Rn 9.

[18] Ist dieses etwa der Einzug einer analogen Anwendung von § 138 III ZPO im Strafprozess? Auch aus BGH StV 2000, 652, 653 lässt sich nichts anderes herleiten, da in dieser Entscheidung nur auf die Gegenerklärung der StA zu Verfahrensrügen abgestellt wurde, zu denen die StA nach Nr. 162 II RiStBV grundsätzlich gehalten ist.

[19] Richter gem. § 38 I DRiG, Rechtsanwälte gem. §§ 12a, 43a III S. 2 BRAO.

[20] Zu denken ist hier selbstredend nicht nur an Fälle des Vorbringens von Verfahrenstatsachen im Rahmen der Revision, sondern u.a. auch an die Tatsachenmitteilung im Ablehnungsverfahren.