

Anmerkung

Prof. Dr. Dr. Uwe Scheffler, Frankfurt (Oder)

Dem Urteil des 1. Strafsenats des BGH kommt für die höchst problematische Frage der »Strafbarkeit von Strafverteidigung« grundsätzliche Bedeutung zu. Zwei Aspekte lohnen nähere Betrachtung:

1. Der Senat verdeutlicht den Standpunkt der Rechtsprechung zu den Grenzen zulässigen Verteidigerverhaltens im Hinblick auf die Strafbarkeit wegen Strafvereitelung gem. § 258 StGB: Das Handeln des Verteidigers müsse gesetzlich zu beanstanden sein. Damit wird zunächst einmal wiederum betont, was seit dem Grundsatzurteil des 3. Senats des BGH von 1979 eigentlich nicht mehr ernsthaft bezweifelt wird¹: Ein zulässiges Verteidigerhandeln kann niemals als Strafvereitelung strafbar sein - umstritten ist nur, ob dies erst die Rechtswidrigkeit² oder schon den Tatbestand, wie die herrschende Ansicht annimmt³, ausschließt. Freilich: Krekeler ist zuzustimmen⁴, wenn er darauf hinweist, daß vor den Tatgerichten noch heute alltägliches Handeln wie das Stellen eines Beweisantrages

im fortgeschrittenen Stadium der Hauptverhandlung zu einem Ausschluß- oder Ermittlungsverfahren gegen den Verteidiger führen kann⁵.

Interessanter erscheint aber, daß der 1. Strafsenat die »gesetzliche« Beanstandbarkeit voraussetzt: Er drückt sich hier sehr viel deutlicher aus, als es gemeinhin geschieht, wenn etwa von der Unzulässigkeit »inadäquater Mittel«⁶ oder vom Erfordernis »ordnungsgemäßen, pflichtentsprechenden« Verteidigerverhaltens gesprochen wird⁷. Denn damit dürfte der 1. Senat anerkannt haben, daß es neben Strafverteidigung und Strafvereitelung noch einen »Zwischenbereich« unerlaubten, aber straflosen Verteidigerverhaltens gibt. Insbesondere erteilt der BGH damit wohl den Ansichten eine Absage, die schon jeden Verstoß gegen die anwaltlichen Standesrichtlinien für die Strafvereitelung genügen lassen⁸, denen trotz der Infragestellung durch das BVerfG⁹ nach wie vor prinzipielle Relevanz zukommt¹⁰. So mag es etwa sein, daß im Fall des 1. Strafsenats der angeklagte Rechtsanwalt auch dann gegen § 68 der Standesrichtlinien verstoßen hat, wenn er nur (bewußt) fahrlässig die gefälschten Urkunden vor Gericht verwendet hatte¹¹- Strafvereitelung scheidet dann aber aus. Insofern bestätigt der BGH den schon von Gallas aufgestellten Satz: »Nicht jede standeswidrig geführte Verteidigung ist auch prozeßordnungswidrig, wenn auch die prozeßordnungswidrig geführte regelmäßig standeswidrig sein wird«¹². Freilich: Viel gewonnen ist durch diese Ausdeutung nicht, ist doch, wie das wichtigste Beispiel der Wahrheitspflicht des Verteidigers zeigt, gerade die gesetzliche Ableitung teilweise unklar¹³.

Fraglich bleibt darüber hinaus, und hierzu ist dem Urteil des BGH nichts Neues zu entnehmen, ob tatsächlich schon jede gegen eine gesetzliche Norm verstoßende Handlung des Verteidigers grundsätzlich geeignet sein kann, Strafvereitelung zu begründen. Hier scheint mir die eigentlich problematische Abgrenzung vorzunehmen zu sein. Es kann doch nicht sein, daß jeder Verteidiger, dem etwa ein Befangenheitsablehnungsgesuch gem. § 26 a I Nr. 3 StPO verworfen wird, sich schon wegen (versuchter) Strafvereitelung strafbar gemacht haben kann¹⁴. Oder, noch krasser: Liegt in einem Fall wie in dem vom Kammergericht entschiedenen wirklich Strafvereitelung vor, wenn ein Verteidiger sich eine Terminsverlegung »ertrickt«¹⁵ Solche Fallgestaltungen sind nicht auf die problematische Figur der »Strafvereitelung auf Zeit«¹⁶ beschränkt. Zur Lösung von solchen Konstellationen könnte man an zwei Wege denken: Zum einen wäre überlegenswert, eine abstrakte Schichtung von Normen vorzunehmen, wie das etwa in der Theorie der Ordnungsvorschriften geschehen ist¹⁷, oder aber man muß mit einem auf das Handlungsunrecht

des Verteidigers bezogenen Geringfügigkeitsprinzip innerhalb der einzelnen Vorschriften arbeiten¹⁸.

2. Noch interessanter aber ist das Urteil, soweit es Kriterien für den subjektiven Tatbestand angibt: Der BGH geht hier von der allgemeinen Ansicht aus, daß trotz des Erfordernisses des direkten Vorsatzes in § 258 StGB für tateinheitlich begangene Tatbestände - im Fall des BGH ging es um § 267 I 3. Alt. und um §§ 263, 22 StGB - dolus eventualis genügt.

Rein rechtstatsächlich können Verteidiger hiermit leben, da der BGH sich um eine restriktive Interpretation des bedingten Vorsatzes bemüht. Er geht von der in der Rechtsprechung regelmäßig vertretenen sog. Billigungs- oder Einwilligungstheorie aus¹⁹ und trennt, wie in seiner Rechtsprechung in den letzten Jahren häufig zu beobachten ist, strikt zwischen der innerlichen Billigung und ihrer Beweisbarkeit. Ausgehend davon, daß einem Rechtsanwalt wohl kaum sicher nachgewiesen werden könne, daß er Rechtsverstöße bei seiner Tätigkeit gutgeheißen hat, verschiebt der BGH das Problem auf die Ebene der Beweisbarkeit: Da der Rechtsanwalt »Organ der Rechtspflege« sei, »wird in der Regel davon auszugehen sein, daß der Verteidiger, der sich darauf beschränkt, ihm von seinem Mandanten zur Verfügung gestellte oder benannte Beweismittel in ein gerichtliches Verfahren einzubringen, strafbares Verhalten nicht billigt, selbst bei erheblichen Zweifeln an der Richtigkeit oder Verlässlichkeit der eingeführten Beweise«. In Diskrepanz zu der gelegentlich von Rechtsanwälten geäußerten Annahme, die von vielen wenig geliebte Formel vom »Organ der Rechtspflege« (§ 1 BRAO) würde immer nur zu Restriktionen gegenüber der Rechtsanwaltschaft herangezogen²⁰, wird hier aus der Organstellung die Vermutung abgeleitet, ein Rechtsanwalt würde niemals einen Verteidigungsvorteil infolge falscher Beweise billigend in Kauf nehmen.

a) Wenngleich diese Argumentation auf den ersten Blick schlüssig wirkt, tauchen bei näherem Hinsehen doch einige Schwächen auf:

Zunächst einmal ist darauf hinzuweisen, daß der BGH ansonsten seine »Indizientheorie«²¹ anders begründet: Er schließt - etwa in den »Polizeisperre-Fällen«²² oder dem »Beilwurf-Fall«²³- aus der objektiven Gefährlichkeit des Tuns auf die innere Billigung. Der 1. Senat sieht dieses Problem und versucht es mit einem Hinweis auf zwei Entscheidungen, in denen er anders argumentiert hat, zu entkräften.

Dieser Hinweis kann aber kaum überzeugen, weil im Fall BGH, NStZ 1986, 549 eine Ausnahmesituation gegeben war (affektive Erregung eines Heranwachsenden), und die Sache BGH, NStZ 1984, 19 schon von Geppert zu recht als hoffentlich »einmaliger Ausrutscher« bezeichnet wurde²⁴.

Darüber hinaus wäre zu bedenken, daß die Vermutung der Nichtbilligung wenn schon nicht durch die objektive Gefährlichkeit, so doch im Einzelfall auch anders widerlegt sein

könnte: Was ist mit Rechtsanwälten, die für sich prononciert die Organtheorie ablehnen und sich selbst als bloße Parteiinteressenvertreter sehen, etwa auch ein Recht auf Lüge des Verteidigers anerkennen²⁵? Wie steht es um Hochschullehrer oder Verteidiger nach § 138 II StPO, die ohnehin nicht § 1 BRAO unterfallen?

Ferner bleibt noch eine dritte Schwäche der Argumentation des BGH: Sie ist abhängig von einer Theorie des *dolus eventualis*, die das in der Wissenschaft immer mehr in den Hintergrund tretende voluntative Element im Vorsatz betont. Das gilt uneingeschränkt neben der Billigungstheorie nur für die von Engisch begründete, heute kaum noch vertretene Gleichgültigkeitstheorie²⁶. Wahrscheinlichkeits-²⁷ und Möglichkeitstheorie²⁸ heben nur auf das intellektuelle Moment ab und würden demzufolge schon bei den vom BGH erwähnten »erheblichen Zweifeln« zum bedingten Vorsatz gelangen. Nichts anderes würde für die in der Literatur vordringende »Ernstnahme-Theorie« gelten²⁹. Auch von den im einzelnen unterschiedlichen Ansichten, die man mit Geppert³⁰ als »normative Risikotheorien« zusammenfassen könnte³¹, dürfte wohl nur nach der Ansicht Herzbergs hier Vorsatz eindeutig zu verneinen sein, weil die Gefahr durch die richterliche Prüfungspflicht »abgeschirmt« ist³², ein Aspekt, auf den im Urteil interessanterweise indirekt hingewiesen wird.

b) Versucht man, das gewünschte Ergebnis theoretisch befriedigender abzusichern, könnte man zunächst, so wie es auch im Urteil des 1. Strafsenats angesprochen wird, daran denken, in einen engen Kreis »verteidigungsspezifischen« Handelns fallende Straftatbestände wie die Aussage- oder Urkundsdelikte auf direkten Vorsatz wie in § 258 StGB zu beschränken. Das Gegenargument des BGH, Vereitelungshandlungen könnten auch durch eine Vielzahl anderer Straftaten begangen werden, führt zu einer weitergehenden Überlegung, die I. Müller schon andeutete³³: Könnte nicht § 258 StGB eine Art »Sperrwirkung« dergestalt zukommen, daß sich der Strafverteidiger bei seiner Tätigkeit anderer Delikte nur dann strafbar gemacht haben kann, wenn sein Verhalten auch § 258 StGB erfüllt?

Dem geltenden Recht ist eine solche Privilegierung von Strafverfolgungsorganen bei ihrem beruflichen Handeln nicht fremd. Jedenfalls bis zum Inkrafttreten des EGStGB von 1974 war der Richter (und u. U. auch der Staatsanwalt) durch den Rechtsbeugungsparagrafen ähnlich geschützt worden: Zu § 336 a.F. StGB ging die herrschende Ansicht davon aus, daß *dolus directus* erforderlich sei. § 336 StGB sollte sodann gleichzeitig begangene Delikte sperren: Ein Richter etwa, der bedingt vorsätzlich eine Freiheitsstrafe zu Unrecht verhängte, wäre nicht gem. § 239 StGB strafbar gewesen. - Die Rechtslage ist inzwischen etwas komplizierter: Nachdem im Gesetzgebungsverfahren die Worte »absichtlich oder wissentlich« aus § 336 n.F. StGB gestrichen wurden, geht die nunmehr herrschende

Ansicht davon aus, daß für die Rechtsbeugung auch *dolus eventualis* genügt³⁴. Insofern nimmt man heute an, daß die Sperrwirkung des Rechtsbeugungsparagrafen an Bedeutung verloren hat³⁵ oder gar überhaupt nicht mehr gegeben ist³⁶.

Es gibt aber noch eine weitere Parallele, eine Sperrwirkung von § 258 StGB anzunehmen: Der 5. Strafsenat des BGH hat unlängst im Zusammenhang mit dem Zeugnisverweigerungsrecht des Verteidigers gem. § 53 StPO die Möglichkeit einer Sperrwirkung von § 258 StGB angedeutet³⁷: Der BGH schränkte dort den Satz, daß sich das Zeugnisverweigerungsrecht nicht auf das erstreckt, was einem Rechtsanwalt bei Gelegenheit einer Strafverteidigung durch eine strafbare Handlung bekannt geworden ist, ein: Er ließ ausdrücklich offen, ob das Zeugnisverweigerungsrecht bestehen bleibt, »was naheliegen mag ... wenn der Verteidiger in (etwa nach § 258 StGB) strafbarer Weise nur darauf hinwirkt, die Bestrafung seines Mandanten zu vereiteln.« In meiner Besprechung dieses Urteils habe ich versucht, diese Überlegung zu vertiefen und habe vorgeschlagen, daß eine solche Sperrwirkung des § 258 StGB dann eintritt und ein Zeugnisverweigerungsrecht bestehen läßt, wenn Bestrafungsverhinderung gewollt ist, egal ob durch »legale« Strafverteidigung oder »illegale« Strafvereitelung³⁸.

Schließlich sei erwähnt, daß I. Müller offenbar auch eine Sperrwirkung dahingehend angenommen hat, daß nach § 258 StGB nur strafbar sein könne, wer als Verteidiger gleichzeitig »andere Strafgesetze verletzt«³⁹.

Es kann hier nicht der Ort sein, das Für und Wider einer solchen Sperrwirkung, die auch hinsichtlich der Rechtsbeugung immer stark umstritten gewesen ist⁴⁰, umfassend zu diskutieren. Eine theoretisch befriedigende Lösung bleibt jedoch zu suchen. Nach den hier skizzierten Überlegungen könnte eine Art »Wechselwirkung« erörtert werden: Die Strafbarkeit des Verteidigers nach § 258 StGB verlangt einen Verstoß gegen eine Norm des materiellen (oder prozessualen) Rechts; eine etwaige Verurteilung insoweit hat dann aber die gleichzeitige Erfüllung von § 258 StGB zur Bedingung. Also: Die Bestrafung des angeklagten Rechtsanwalts im Fall des 1. Strafsenats wegen Strafvereitelung setzte (u. a.) ein bedingt vorsätzliches Urkundsdelikt voraus. Die Bestrafung gem. § 267 I Alt. 3 StGB erforderte aber *dolus directus*.

Den praktischen Bedürfnissen freilich dürfte der vom 1. Strafsenat des BGH gewiesene Weg genügen.