

in dem Grundsatzurteil BGHSt. 38, 345 entwickelt hat, ohne sich mit der Kritik an dieser Entscheidung¹ auch nur im Entferntesten auseinanderzusetzen: Es sei zu vermuten, daß der Verteidiger als „Organ der Rechtspflege“ einen „inneren Vorbehalt“, eine „Hemmschwelle“² hat, Strafvereitelung zu begehen.

Sodann stellt der 1. Strafsenat des BGH aber fest, daß ein von ihm damals aufgestelltes einschränkendes Kriterium, das eine abweisende rechtliche Wertung erforderlich machte, eigentlich hier erfüllt ist: „Etwas anderes könnte dann gelten,“ formulierte der Senat damals, „wenn der Verteidiger über zusätzliche Informationen verfügt“³. *Beulke* hatte zu Recht sogleich betont, daß mit diesem Satz der BGH dem Verteidiger wieder alles nimmt, „was ihm vorher generös gewährt wurde“⁴. Das bemerkt nun offenbar auch der 1. Senat, sieht er sich doch eigentlich veranlaßt, die dem Gericht nicht offenbarte Schmerzensgeldabrede hierunter zu subsumieren. Er weicht jedoch aus: Daß damit die Angeklagte ihren inneren Vorbehalt, keine Strafvereitelung zu begehen, aufgegeben habe, „versteht ... sich ... nicht von selbst“, weil es ja „durchaus möglich“ sei, daß sie davon ausging, die Zeugin werde die Vereinbarung selbst, und sei es auf Fragen in ihrer Vernehmung, zur Sprache bringen. Allerdings würde es sich für einen Verteidiger „regelmäßig empfehlen, derartige Vereinbarungen den anderen Verfahrensbeteiligten gegenüber offen zu legen“, wengleich „eine Rechtspflicht zur Offenbarung ... die Angeklagte allerdings insoweit nicht“ getroffen habe.

Mit solchen Ausführungen ist weder dem Strafverteidiger für sein alltägliches Handeln in irgendeiner Weise Hilfestellung gegeben noch den Staatsanwaltschaften und Tatgerichten⁵. Auch der Angeklagten im konkreten Fall wäre wohl ein eindeutigeres Urteil als dieser „Freispruch dritter Klasse“ zu wünschen gewesen: Der BGH hat immerhin, trotz des Freispruchs, von ihrem Verhalten nicht den Ruch der objektiven Einordnung als versuchte Strafvereitelung und versuchte Anstiftung zur uneidlichen Falschaussage genommen. Er hat sodann ihren fehlenden Vorsatz nicht explizit festgestellt, sondern zum einen dessen Fehlen nur daraus gefolgert, ein Verteidiger würde im allgemeinen keine Strafvereitelung wollen, und zum anderen die Indizien, die er dafür sieht, es sei im konkreten Fall doch anders gewesen, gerade mal mit der vagen Formulierung beiseite getan, daß sich dennoch ihr Vorsatz „nicht von selbst verstehe“.

Wie wichtig es aber gerade in Fällen ist, in denen Strafvereitelung durch Strafverteidigung in Rede steht, eine klare Grenzziehung vorzunehmen, ist evident. Bei vielen anderen Tatbeständen ist eine fehlende eindeutige Trennlinie zwischen erlaubtem und verbotenem Verhalten weniger schmerzlich, kann man doch von dem Betroffenen erwarten, Vorsicht walten zu lassen: So brauchen wir, ein willkürliches Beispiel, im Bereich des Wuchers keine prozentual festgelegte Grenze, wann denn das strafbegründende „auffällige Mißverhältnis“ vorliegt, würde doch auch ein „Ausreizen“ des gerade noch (straf-)rechtlich Zulässigen auf ein ethisches Unwertur-

Anmerkung

Höchstrichterliche Entscheidungen sollen nicht unbedingt ausschließlich die Frage der Einzelfallgerechtigkeit im Visier haben, sondern, wie etwa § 132 Abs. 4 GVG und § 80 Abs. 1 Nr. 1 OWiG zeigen, auch die Einheitlichkeit der Rechtsprechung und die Rechtsfortbildung bezwecken. Diese Zielrichtung darf man namentlich von Entscheidungen erwarten, die Gerichte zur Veröffentlichung in ihren amtlichen Sammlungen vorsehen.

Unter diesem Gesichtspunkt ist der Beschluß des 1. Strafsenats des BGH eine einzige Enttäuschung. Zusammengefaßt: Zum objektiven Tatbestand der Strafvereitelung führt der Senat zunächst nach langen, lehrbuchartigen Allgemeinplätzen zu den Grenzen zulässigen Verteidigerhandelns aus, zu der vorliegenden Fallgestaltung lägen „noch keine höchstrichterlichen Entscheidungen vor“. Sodann stellt er einige Argumente für und wider gegenüber und verlangt eine „Abwägung zwischen der Pflicht, Beweisquellen nicht zu trüben, und dem Verteidigungsauftrag“, um schließlich zu kneifen: „Der Senat braucht nicht zu entscheiden, ob die Angeklagte sich ... nicht mehr im Rahmen zulässigen Verteidigerverhaltens bewegt und damit den objektiven Tatbestand der Strafvereitelung erfüllt hat“. Der Grund dafür liegt nach Auffassung des 1. Senats im fehlenden Nachweis des subjektiven Tatbestandes. Hierzu wiederholt er nun ausführlich die Überlegungen, die er selbst

¹ Siehe etwa *Hamm*, NJW 1993, 292; *Beulke*, JR 1994, 116; v. *Stetten*, StV 1995, 607; *Stumpf*, NSiZ 1997, 10 f.; *Otto*, JK 1993, StGB § 267/17; *Scheffler*, StV 1993, 470.

² *Beulke*, JR 1994, 119 ff.; *Otto*, JK 1993, StGB § 267/17; *Scheffler*, JURA 1995, 335; *Martin*, JuS 2000, 1125.

³ BGHSt. 38, 345 (351).

⁴ *Beulke*, JR 1994, 120.

⁵ Ähnlich *Gepfert*, JK 2001, StGB § 258/14.

teil stoßen⁶. Nichts anderes würde beim Betrug etwa für die Frage gelten, wann denn das Unterlassen der Mitteilung von Vorschäden beim Gebrauchtwagenverkauf tatbestandsmäßig sei. Dies ist jedoch bei der Frage der Strafvereitelung durch den Verteidiger völlig anders: Aus seinem Verteidigungsauftrag heraus ist er nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, seinen Mandanten optimal zu verteidigen, das heißt, unter Umständen die Grenzen des Zulässigen vollständig „auszureizen“!

Auf dieser Grundlage ist die „Empfehlung“ des 1. Senats, der Verteidiger solle bestimmte Umstände wie hier die Schmerzensgeldvereinbarung „den anderen Verfahrensbeteiligten gegenüber offen legen“, um im nächsten Satz zu betonen, jedenfalls im konkreten Fall habe die Angeklagte „eine Rechtspflicht zur Offenbarung ... allerdings insoweit nicht“ getroffen, nicht nachvollziehbar. Der Senat mutet hier den Verteidigern nicht weniger zu, als sich vorsichtshalber in den Dunstkreis der Straftatbestände des Parteiverrates (§ 356 StGB) und des Geheimnisverrates (§ 203 StGB) zu begeben, um nicht in die Gefahr der Bestrafung wegen Strafvereitelung zu kommen.

Der BGH mißversteht hier offenbar die Ausführungen von *Beulke*, dessen Schrift „Die Strafbarkeit des Verteidigers“ er als „grundlegend“ zitiert. *Beulke* hatte in der Einleitung seines Buches kundgetan, er werde im folgenden einen „gemäßigten“, einen „konservativen Standpunkt“ vertreten und nicht immer alles „ausreizen“⁷. Diese Zurückhaltung ist für ein handlungsleitendes Buch nicht falsch, weil sie, wie *Beulke* betont, zu einer „größeren Verlässlichkeit bzw. Sicherheit der ... Ratschläge“ führt⁸: „Realitätsfremde Wunschvorstellungen, die vor den Strafverfolgungsorganen keinen Bestand hätten, nützen dem Praktiker wenig.“⁹ Nun hätte der BGH die Handlungsanleitung *Beulkes* nicht einfach übernehmen dürfen, sondern hätte den Fall zum Anlaß nehmen müssen, hier für Präzisierung zu sorgen. Mit den Worten *Gerhard Wolfs*, der sich in seiner kürzlich erschienenen Habilitationsschrift mit solchen Fragen ausführlich auseinandergesetzt hat: „Daß es zu Lasten des Beschuldigten geht, wenn nicht immer alles ‚ausgereizt‘ wird und der Verteidiger das ‚Restrisiko‘, hinter Schloß und Riegel zu wandern, durch die Befolgung dieser Ratschläge nur ‚verkleinern‘ kann, wird offenbar akzeptiert. Mit rechtswissenschaftlicher Systematik hat das nichts mehr zu tun.“¹⁰ Insbesondere: Was in aller Welt soll man mit der Forderung des Senats konkret anfangen, der Verteidiger habe „abzuwägen“ zwischen seinem „Verteidigungsauftrag“ und seiner „Pflicht, Beweisquellen nicht zu trüben“?

Richtigerweise hätte der BGH also wie folgt vorgehen müssen: Er hätte sich zunächst entscheiden müssen, ob der objektive Tatbestand – der Sachverhalt ist insoweit, und sei es unter Heranziehung des Grundsatzes „in dubio pro reo“, eindeutig – erfüllt ist oder nicht. Sodann hätte er bejahendenfalls (die Zugrundelegung seiner „Hemmschwellentheorie“ sei hier nicht nochmals hinterfragt) präzisieren müssen, was denn nun für Indizien den „inneren Vorbehalt“ in Frage stellen könnten.

Versuchen wir, diese Unterlassungen hier in Kürze nachzuholen; in Kürze deshalb, weil Darlegungen aus der Wissenschaft nun eben nicht die „größere Verlässlichkeit bzw. Sicherheit“ eines höchstrichterlichen Urteils hervorrufen können.

Beginnen wir mit der zuletzt gestellten Frage, weil sie sich kurz beantworten läßt: Der Verteidiger muß selbst-

verständlich nur dann eine Vereinbarung den anderen Verfahrensbeteiligten mitteilen, wenn er – was für ein Zirkelschluß! – dazu rechtlich verpflichtet ist. Der „Seitenhieb“ des BGH auf die Verteidigerin, aus der Nichtmitteilung könnte vielleicht doch auf ihren Strafvereitelungsvorsatz geschlossen werden, geht also daneben. Der BGH betont selbst, daß sie diese Vereinbarung nicht mitzuteilen brauchte – dann durfte sie sie sogar nicht mitteilen, sofern sie die Befürchtung hegen mußte, die Information könnte der Glaubwürdigkeit der Zeugin und damit der Verteidigung ihres Mandanten abträglich sein.

Daß die Verteidigerin die Schmerzensgeldvereinbarung nicht mitteilen mußte, kann der BGH allerdings nicht so einfach behaupten, wenn er es zuvor hat dahinstellen lassen, ob die Verteidigerin sie in dieser Form abschließen durfte. Denn durfte sie die Vereinbarung so nicht abschließen, dann durfte sie sie auch nicht – a majore ad minus – verschweigen. Die von dem BGH für möglich erachtete Variante, die Vereinbarung durfte nicht abgeschlossen werden, konnte dann aber verschwiegen werden, ist unschlüssig.

Prüfen wir also, ob die Verteidigerin die Vereinbarung treffen durfte. Dieser Frage kann man sich am besten nähern, indem man den Sachverhalt, den der BGH mehrfach in seiner Wiedergabe dadurch verwässert, daß er verschiedene vom Landgericht in Anwendung des Grundsatzes „in dubio pro reo“ ausgeschlossene Sachverhaltsvarianten doch wieder ins Gespräch bringt, auf den Punkt bringt: Die Verteidigerin hielt es sowohl für möglich, daß ihr Mandant nur der Körperverletzung, nicht aber des Menschenhandels schuldig ist, als auch, damit eng verknüpft, daß die Belastungszeugin insoweit in erster Instanz eine Falschaussage gemacht hatte. Wenn ein Verteidiger beides für möglich hält, ist er berechtigt, regelmäßig sogar verpflichtet, diese Variante seinem Verteidigungshandeln zugrunde zu legen. Es ist inzwischen ein längst anerkannter, auch vom 1. Senat nicht bezweifelter Satz, daß die Grenze dessen, wovon der Verteidiger noch ausgehen darf, beim sicheren Wissen des Gegenteils liegt. Daraus folgt nun aber auch, daß er bloße Zweifel an der Richtigkeit der für den Mandanten günstigen Sachverhaltsgestaltung rechtlich zu unterdrücken hat. Diese Würdigung ist Aufgabe des Gerichts, Verpflichtung des Verteidigers ist es gerade, der für den Mandanten günstigen, von ihm noch für möglich gehaltenen Sachverhaltsvariante zur Durchsetzung zu verhelfen.

Das bedeutet also, daß wir im vorliegenden Fall bei der Prüfung, ob die Verteidigerin die Schmerzensgeldabrede abschließen durfte, von folgender fiktiver Konstellation ausgehen dürfen: Die Verteidigerin wußte, daß ihr Mandant (insoweit) unschuldig ist, und war sich ebenfalls sicher, daß die Zeugin in der Hauptverhandlung vor dem Amtsgericht die Unwahrheit gesagt hatte. In dieser (imaginären) Konstellation tritt nun also die Belastungszeugin auf sie zu – und begehrt offenbar eine Nötigung, unter Umständen sogar eine Erpressung (ob der erstrebte Vermögensvorteil „rechtswidrig“, noch dazu aus Sicht der Belastungszeugin, war, hängt

⁶ Scheffler, GA 1992, 18; Heimz, GA 1972, 220 Fn. 205.

⁷ Beulke, Die Strafbarkeit des Verteidigers, Heidelberg 1989, S. 2.

⁸ Beulke, aaO.

⁹ Beulke, aaO.

¹⁰ Wolf, Das System des Rechts der Strafverteidigung, Frankfurt (Oder) 2000, S. 260.

davon ab, inwieweit der dem Grunde nach gegebene Schmerzensgeldanspruch auch der Höhe nach geschuldet war)!

Die Verteidigerin hat nun wohl drei Möglichkeiten: Erstens kann sie das Ansinnen ablehnen. Als Folge kann sie voraussehen, daß die Zeugin bei ihrer belastenden Aussage bleibt und die Berufung verworfen wird. Sie kann – zweitens – die Anfrage der Belastungszeugin Gericht und Staatsanwaltschaft mitteilen. Geht sie sodann nicht auf die Schmerzensgeldforderung ein, dürfte die Belastungszeugin aller Voraussicht nach ebenfalls ihre Aussage aufrechterhalten; schließt sie aber „vor aller Augen“ eine entsprechende Schmerzensgeldvereinbarung, dürfte der Wert der nunmehr entlastenden Aussage zumindest geschmälert sein. Beide Varianten können also nicht im Interesse des Mandanten liegen. Sie kann aber auch – drittens – auf die Schmerzensgeldforderung eingehen. Sie muß dann aber darauf achten, eine möglichst „effiziente“ Vereinbarung zu treffen. Das heißt: „Vorkasse“ gegen das Versprechen einer entlastenden Aussage wäre noch dazu gegenüber jemandem, der schon eine für falsch erachtete Aussage gemacht hat, kunstfehlerhaft. Auch die Vereinbarung, nach berichteter Aussage würde das Schmerzensgeld in jedem Fall gezahlt werden, würde nicht dem Risiko vorbeugen, daß die neue Aussage nur gerade so getätigt wird, die formalen Voraussetzungen für die Schmerzensgeldzahlungen zu erfüllen, also kurz und lustlos, mithin unglaubwürdig. Es muß demzufolge aus Sicht der Verteidigerin nach einer Konstruktion gesucht werden, die dazu führt, die Zeugin zu veranlassen, ihre – nicht vergessen: aus Sicht der Verteidigerin falsche! – Aussage mit allen möglichen Mitteln ungeschehen zu machen. Schließt sie im vorliegenden Fall diese Vereinbarung dann noch nicht einmal mit der rechtlich vermutlich unbedarften Belastungszeugin, sondern mit deren Rechtsanwalt ab, weiß ich nicht, was hiergegen noch einzuwenden sein sollte.

Der BGH verwendet, beinahe etwas polemisch, mehrfach das Schlagwort vom „Erfolgshonorar“, das für Anwälte standeswidrig ist und demzufolge geeignet sein dürfte, hier entsprechende Emotionen zu wecken. Die Assoziation „Erfolgshonorar“ ist im vorliegenden Fall jedoch zumindest zweifelhaft. Bei einem Erfolgshonorar wird an die Zahlung des Honorars eine bestimmte Bedingung – etwa Freispruch – geknüpft, bleibt diese aus, entfällt jegliches Honorar. Hier enthält die Vereinbarung, die die Verteidigerin mit dem Anwalt der Belastungszeugin schloß, jedoch keine Klausel, die etwa den Inhalt gehabt hätte, daß bei fortbestehender Verurteilung wegen Menschenraubes jeglicher Schmerzensgeldanspruch „verwirkt“ sei oder auf ihn „verzichtet“ würde – ob eine solche Klausel vor § 138 BGB Bestand gehabt hätte, kann hier dahingestellt bleiben. Durch die Vereinbarung wurde also lediglich im Falle des „Erfolges“ zugesagt, den Anspruch ohne Rechtsstreit, insbesondere ohne Hinterfragung der Höhe des Schmerzensgeldanspruchs zu erfüllen. Daß eine solche Erfüllungsbereitschaft vom Beschuldigten dann nicht an den Tag gelegt wird, wenn er sich infolge einer Falschaussage des Schmerzensgeldschuldners in Straftat befindet, dürfte nachvollziehbar sein.

Ein über den konkreten Fall hinausgehendes Problem zeigt die Entscheidungsbegründung des BGH jedoch wieder einmal in aller Deutlichkeit: Ein Verteidiger, der seinen Mandanten optimal verteidigen will, muß ganz

genau überlegen, ob er sich von ihm, wie in manchen Anleitungsbüchern ausdrücklich empfohlen¹¹, „reinen Wein einschenken“ lassen will. Er verzichtet andernfalls zwar auf alle Verteidigungsmöglichkeiten, die sich daraus ergeben, daß er detailliert weiß, was wirklich gewesen ist – lassen wir einmal außer Betracht, daß zumindestens meinen Erfahrungen nach bei der Erwartung, der Mandant berichte objektiv und wahrheitsgemäß, ohnehin Zurückhaltung geboten ist. Andererseits gewinnt der Verteidiger, solange es ihm vor sich selbst und vor anderen gelingt, notfalls genug Weltfremdheit und Lebensferne aufrechtzuerhalten, um nicht aufgrund von Indizien die Grenze zum positiven Wissen von der Schuld des Mandanten zu überschreiten, einen weiten Verteidigungsspielraum. Alles, was er gerade noch für möglich hält, darf er mit allen Beweismitteln, deren Integrität er für nicht völlig ausgeschlossen hält, unter Beweis stellen. Daß er sich wünscht, daß alles seine Richtigkeit hat, schreiben wir ihm sodann pauschal nach der „Hemmschwellentheorie“ zu.

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