



Praxis der Strafverteidigung

77322

Kurseinheit 1

Verteidigung im Ermittlungsverfahren

Verfasser:

Rechtsanwalt Dr. h.c. Rüdiger Deckers

VORBEMERKUNG	6
DIE BEGRÜNDUNG DES MANDATS.....	9
2 DER ANFANGSVERDACHT ALS ZENTRALER BEGRIFF FÜR DEN BEGINN DES ERMITTLUNGSVERFAHRENS	13
2.1 Der Anfangsverdacht	13
2.2 Präventive Verteidigung – Verteidigung von der „ersten Stunde“ an	14
2.3 Die Wirkung des Anfangsverdachts – flankierende Verteidigung	19
3 PFLICHTVERTEIDIGUNG	21
4 AKTENEINSICHT	25
5 DURCHSUCHUNG UND BESCHLAGNAHME.....	30
5.1 Allgemeines	30
5.2 Die Durchsuchung in ihrem praktischen Verlauf.....	38
5.2.1 Durchsicht von Papieren, § 110 StPO	43
5.2.2 Zur freiwilligen Herausgabe (§ 94 Abs. 2 StPO)	43
5.2.3 Verstoß gegen § 108 StPO (Zufallsfunde).....	43
5.2.4 Zum Verzeichnis – § 107 StPO	44
5.2.5 Ende der Durchsuchung	44
5.3 Verteidigungsunterlagen beim Beschuldigten – Beschlagnahmeprivilegien	44
5.4 Rechtsmittel	45
5.4.1 Beschwerde	45
5.4.2 Antrag auf richterliche Entscheidung gem. § 98 Abs. 2 S. 2 StPO 46	
5.4.3 Beschwerde gem. § 304 StPO	46
5.4.4 Antrag auf richterliche Entscheidung und anschließende Beschwerde	46
5.4.5 Gegen die Art und Weise der Vollziehung.....	46
5.4.6 Strategien.....	46
6 BEWEISERHEBUNGSANSPRUCH DES BESCHULDIGTEN	48
6.1 Die Rechtslage	48
6.2 Zur Praxis der Beweiserhebung im Ermittlungsverfahren.....	48
7 FESTNAHME/HAFTBEFEHL/BELEHRUNGSFEHLER .	51
8 ANWESENHEITSRECHTE DES VERTEIDIGERS BEI BEWEISERHEBUNGEN IM ERMITTLUNGSVERFAHREN	59
8.1 Richterliche Vernehmung	59
8.2 Die Vernehmung durch die Staatsanwaltschaft	61
8.3 Vernehmung durch die Polizei.....	62
8.4 Strategien	63
9 GESTALTUNGSRÄUME DER VERTEIDIGUNG BEI SACHVERSTÄNDIGEN	66

10	DIE GRUNDENTSCHEIDUNG IM ERMITTLUNGS- VERFAHREN: REDEN ODER SCHWEIGEN	73
10.1	Die Weichenstellung für das weitere Verfahren	73
10.2	Verteidigung des schweigenden Mandanten.....	74
10.3	Die Verteidigungsschrift	76
10.3.1	Allgemeines.....	76
10.3.2	Die Entscheidungskompetenz der Staatsanwaltschaft am Ende des Ermittlungsverfahrens.....	79
10.3.3	Konsequenzen der Einstellung nach § 170 Abs. 2 S.1 StPO...81	
10.3.4	Verfahrenseinstellung i.S.v. § 153 ff. StPO	81
10.3.5	Einstellung gem. § 153b Abs.1 StPO	85
10.3.6	Einstellung gem. §§ 153 c und 153d StPO.....	86
10.3.7	Einstellung gem. § 154 Abs.1 StPO	86
10.4	Einstellung durch Erlass eines Strafbefehls	87
10.5	Einflussnahme auf die Anklageschrift und Vorbereitung der Hauptverhandlung.....	88
11	VERDECKTE ERMITTLUNGSMETHODEN	90
11.1	Grundlagen und gesetzliche Vorschriften.....	91
11.2	Der VE im Hinblick auf die Hauptverhandlung	93
11.3	Die Drei-Stufen-Theorie der Rechtsprechung	98
11.4	Tatprovokation durch den VE.....	99
11.5	Bedeutung für Beratung/Intervention	101
11.6	Überwachung der Telekommunikation.....	102
12	VERTEIDIGUNG IN HAFTSACHEN.....	105
12.1	Ausgangslage	105
12.2	Schwerpunkt: Verteidigung im Ermittlungsverfahren	106
12.3	Dringender Tatverdacht und Haftgründe	107
12.3.1	Dringender Tatverdacht.....	107
12.3.2	Der Haftgrund der Fluchtgefahr und die so genannte „Straferwartung“	109
12.3.3	Verdunkelungsgefahr.....	112
12.3.4	Haftgrund der Tatschwere	114
12.3.5	Haftgrund der Wiederholungsgefahr § 112a	115
12.3.6	Haftsurogate	116
12.4	Rechtsmittel	116
12.5	Haftkontrolle durch das Oberlandesgericht	117
12.6	Haftfortdauerprüfung nach den §§ 121, 122 StPO	118

Autor des Studienbriefes



Dr. h. c. Rüdiger Deckers

geb. 05. Januar 1947 in Dortmund
1966 Abitur in Velbert/Rheinland

1966 - 1968 Bundeswehrdienst – Leutnant der Reserve
1968 - 1973 Jurastudium – Universitäten Münster/Lausanne/Bochum

1973 I. Staatsexamen
Referendardienst beim Landgericht Essen

1976 II. Staatsexamen

1976 Zulassung als Rechtsanwalt durch die Rechtsanwaltskammer beim
Oberlandesgericht Hamm – Kanzleisitz Bochum

1982 Mitglied des Strafrechtsausschusses des Deutschen
Anwaltvereins e. V., seit 2012 stellv. Vorsitzender

1990 Kanzleiwechsel Seniorpartner der Praxis tdwe, Wasserstraße 13,
40213 Düsseldorf

von 1991 - 2012 Dozent der ARGE Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins
für den Lehrgang „Fachanwalt für Strafrecht“,

seit 1991 Dozent der Deutschen Anwaltakademie

seit 1998 Fachanwalt für Strafrecht

seit Mai 1999 Mitglied des Vorstandes der Rechtsanwaltskammer Düsseldorf,
von März 2012 bis Mai 2015 Vizepräsident der Rechtsanwaltskammer Düsseldorf

Seit 2011 Mitglied des Ausschusses für Menschenrechte der BRAK
Ehem. Mitglied der Satzungsversammlung für 2 Wahlperioden

Mai 2004 Verleihung des Ehrendoktors der Rechte durch die FernUniversität in
Hagen

Oktober 2009 Verleihung des Max-Alberg-Preises durch den Deutschen Richterbund und den Deutsche Strafverteidiger e.V.

Seit 2000 Organisation und Leitung des AK-Psychologie im Strafverfahren mit jährlicher Veranstaltung im Heinrich-Heine-Institut Düsseldorf

Veröffentlichungen (Auswahl):

Das strafrechtliche Mandat, in: Römermann/Hartung (Hrsg.), Die Anwaltsstation nach neuem Recht, 2003

AK-StPO (Wassermann – Hrsg.) §§ 112 ff., 1992

AnwaltKommentar StGB, 2. Aufl. 2014 §§ 174 ff.

Beck'sches Formularbuch für den Strafverteidiger, Hamm/Leipold (Hrsg.), 5. Aufl. 2010 – Das Recht der Untersuchungshaft

Strafverteidigung in der Praxis, Brüssow/Gatzweiler/Krekeler/Mehle (Hrsg.), 4. Aufl. 2007 – Recht der Untersuchungshaft/Sexualstrafrecht

Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, Widmaier/Müller/Schlothauer (Hrsg.) 2. Aufl. 2014 – Kapitalstrafverfahren/Verteidigung bei verdeckten Ermittlungen/ Auswahl und Kontrolle des Sachverständigen/Sexualstrafsachen (Mitautor Schroth)

Der strafprozessuale Beweisantrag, 3. Aufl. 2013

Anwaltsstation Strafrecht, 2011

Die Erhebung und Bewertung von Zeugenaussagen im Strafprozess (Mitherausgeber: Köhnken), 2. Aufl. 2014

NJW:

Verteidigung beim ersten Zugriff der Polizei, 1991, 1151

Verteidigung in Haftsachen, 1994, 2261

Verteidigung in Verfahren wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern, 1996, 3105

Glaubwürdigkeit kindlicher Zeugen, 1999, 1365

NStZ:

Untersuchungshaft als Strafmilderungsgrund, Mitautor: Püschel, 1996, 419

Zur Reform der Tötungsdelikte Mord- und Totschlag – Überblick und eigener Vorschlag, Mitautoren: Fischer/König/Bernsmann, 2014, 9.

StV:

Verteidigung und Opferanwälte, 2006, 353

StraFo:

Reform des Strafprozesses – Unverzichtbares aus der Sicht der Verteidigung,
2006, 269

25 Jahre Strafverteidigung im Gegenwind, 2009, 2

Einige Bemerkungen zum Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts vom
29.7.2009, das am 1.1.2010 in Kraft tritt, 2009, 441

Höchstrichterliche Anforderungen an besondere Beweiskonstellationen – Aussage
gegen Aussage, Aussage vom Mitbeschuldigten oder des Kronzeugen, 2010. 372

Dokumentation im Strafverfahren, 2013, 133

Fehlervermeidung bei Staatsanwaltschaft und Polizei, 2015, 265

Vorbemerkung

Die Überschrift zu diesem Abschnitt der Verteidigung im Ermittlungsverfahren ist untrennbar mit dem Thema

„Bedeutungswandel des Ermittlungsverfahrens“

verbunden, das seit Anfang der 80er Jahre Bestandteil der rechtspolitischen und wissenschaftlichen Diskussionen ist und die Standortbestimmung von Verteidigung in der Bundesrepublik Deutschland maßgeblich beeinflusst hat.¹

E. Müller formulierte seinerzeit eine Forderung nach der Reform des Ermittlungsverfahrens als „Prüfstein für den Gesetzgeber“,² mahnte aber auch eine verstärkte Einwirkungsmöglichkeit des Verteidigers auf das Ermittlungsverfahren an – beispielhaft verwies er auf die Notwendigkeit von „Erkundigungen, Recherchen und Nachforschungen“ durch den Verteidiger.³

Richter II hob 1985 – erneut eine Reform des Ermittlungsverfahrens fordernd – die „eigenständige Erledigungsfunktion der Staatsanwaltschaft“ im Ermittlungsverfahren mit den Worten hervor:

„Heute jedenfalls ist es eine Mär, die Bedeutung des Ermittlungsverfahrens allein in der Vorbereitung der Entscheidung, ob Anklage erhoben wird oder nicht, zu sehen.“⁴

Sein Verweis auf die §§ 153, 153a, 154 StPO und das Strafbefehlsverfahren sowie die von ihm konstatierte faktische Ausklammerung des Gerichts bei Abschluss des Ermittlungsverfahrens – auch mit Sanktion! – bedeuteten eine weitere veränderte Funktion des Ermittlungsverfahrens. Der Strafrechtsausschuss des DAV präsentierte schließlich 1986 in seinem rechtspolitischen Forum „Reform des Ermittlungsverfahrens“ Vorträge und Thesen, deren Inhalte und Bandbreite sich in den Themen widerspiegeln.⁵

1 Arbeitskreis Strafprozeßreform, Die Verteidigung, Bemann/Grünwald 1979; E. Müller, NJW 1981, 1801; Richter II, StV 1985, 382; Wolter, Aspekte einer Strafprozeßreform bis 2007 (1991), 35 ff.; vgl. auch: Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., München 1998, § 37, Rn. 1, der vom Ermittlungsverfahren als „Kernstück des Strafprozesses“ spricht, ebenso: Wolter, Aspekte einer Strafprozeßreform bis 2007 (1991), S. 35 m.w.N.; Deckers, StraFo 2006, 269.

2 E. Müller, a.a.O., 1805.

3 E. Müller, a.a.O., 1806.

4 StV 1985, 382, 385; vgl. auch Krause, StV 1984, 169, 174 f.

5 Thomas, AnwBl. 1986, 56; Deckers, AnwBl. 1986, 60; Krekeler, AnwBl. 1986, 62; Hamm, AnwBl. 1986, 66; Bandisch, AnwBl. 1986, 69; zu den Reformbemühungen um eine Stärkung der Beschuldigten- und Verteidigerrechte aus jüngerer Zeit vgl. nur: Däubler-Gmelin, StV 2001, 359 (insbes. S. 361).

Unabhängig von der – immer noch ausstehenden – Reform des Ermittlungsverfahrens und der mit ihr verbundenen Stärkung der Verteidigerrechte: Auch de lege lata zwingt der Stellenwert des Ermittlungsverfahrens zu einer bereits in diesem Stadium präzisen, effektiven und alle Gestaltungsmöglichkeiten ausschöpfenden – oder sie zumindest reflektierenden – Verteidigung.

Mit seinem Werk „Fehlerquellen im Strafprozess“⁶ hatte *Karl Peters* frühzeitig auf die Problematik hingewiesen, dass Fehler im Ermittlungsverfahren im späteren Verlauf des Strafverfahrens eine beharrliche und für die Richtigkeit des Urteils verhängnisvolle Existenz führen.

Peters formuliert:

„Es wird sogar der Satz erlaubt sein, dass jedes Fehlurteil, auch wenn der eigentliche Fehler später liegt, mit dem im Vorverfahren gelegten Grund verbunden ist.“⁷

*Regina Lange*⁸ hat diese Untersuchungen vertieft. In der aktuellen Literatur wird die Problemlage nach zahlreichen Gesetzesnovellen, die eher die Schwächung der Rechte des Beschuldigten mitgebracht haben, schärfer akzentuiert.⁹

*Bender/Nack*¹⁰ weisen pointiert auf die Gefahren des sog. „Pygmalion-Effektes“ hin, der besagt, dass eine schon zu Beginn der Ermittlungen aufgestellte eingeleitete Ermittlungshypothese die Gefahr in sich birgt, dass sich das Ermittlungsergebnis, insbesondere die auf der Basis einer solchen Hypothese gewonnenen Zeugenaussagen, tendenziell der Hypothese anpassen oder angepasst werden, um diese schließlich zu bestätigen. Darin liege, so die Autoren, „eine der größten Gefahren für die Wahrheitsfindung“.¹¹ *Schünemann*¹² hat eine ausgesprochen ernüchternde, zugleich jedoch aufregende Bilanz gezogen:

- (1) die Würfel für die Hauptverhandlung seien bereits vor ihrem Beginn so gut wie gefallen, was an der sinkenden Freispruchquote (von 8% aus 1958 auf unter 4% 1988, jetzt 2,7%) deutlich ablesbar sei und die Verteidigung in eine Verfahrenserledigung durch Absprache über Kompromisslösungen treibe,
- (2) der immer weiter ausgeprägte Zeugenschutz zerstöre endgültig die ohnehin nur noch minimalen Aussichten der Verteidigung auf eine „Demontage“ der Belastungsaussage,

6 3. Bd., Karlsruhe 1970, 1972, 1974.

7 Peters, Fehlerquellen im Strafprozeß, Bd. 2, S. 212; vgl. auch: Weihrauch, Verteidigung im Ermittlungsverfahren, 7. Aufl., 2011, S.1.

8 Fehlerquellen im Ermittlungsverfahren, 1980.

9 Neuhaus, StV 2015, 185; Püschel, StraFo 2015, 269; Deckers, StraFo 2015, 265.

10 Tatsachenfeststellung vor Gericht, Bd. 1, 1995, Rn. 106 f.; Nack, StV 1994, 555, 560; vgl. auch Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 2013, Rn. 501 ff.

11 Zu den Mechanismen der Selbstrechtfertigung "confirmation bias" und der "kognitiven Dissonanz" vgl. Tavis/Aronson, Ich habe recht, auch wenn ich mich irre, 2010.

12 StV 1998, 391 .; 2000, 159; Zeugenbeweis auf dünnem Eis, FS Meyer-Goßner, 2001, S. 385 ff.

- (3) die Zeugenaussage sei nur noch in stark eingeschränkter Form eine Quelle objektiver Wahrheitsfindung, aber in jedem Fall Wachs in den Händen des über die Beweiswürdigung autoritativ befindenden Gerichts,
- (4) das kleinere Übel in bestimmten Verfahrenstypen sei die Vervielfältigung der Verfolgerrollen, das größere Übel die Verwandlung einer Zeugenaussage von der Wissensbekundung in eine interessengeleitete Parteierklärung,
- (5) es bestehe die ernstzunehmende Gefahr für die materielle Wahrheitsfindung, dass ein im Ermittlungsverfahren entstandenes Aussagekonstrukt den gesamten weiteren Prozess dominiere und eine eigentliche Wahrheitsermittlung in der Hauptverhandlung überhaupt nicht mehr stattfinde.

Von besonderer Bedeutung seien dabei:

- (a) die Formbarkeit der Zeugenaussage als Interaktionsprodukt zwischen dem Zeugen und dem Vernehmenden, in das die vom Ermittler gehegten Tat- und Täterhypothesen massiv Eingang finden und so eine systematische Verzerrungsgefahr¹³ mit sich bringen,
- (b) mit der Anklageerhebung erhöhe sich der Effekt, dass der Richter tendenziell auf der einmal von Polizei und Staatsanwaltschaft vorgenommenen Einschätzung des Falles beharre (sog. Perseveranz) und sich der Würdigung durch den Staatsanwalt anschließe (Schulterschluss).

Um den Gefahren einer solchen „Reproduktion des Akteninhaltes“ in einer späteren Hauptverhandlung vorzubeugen, noch mehr, eine Erledigung des Ermittlungsverfahrens in diesem Verfahrensabschnitt zu erreichen, sind die Verteidigungsaktivitäten früh zu entfalten und zu konzentrieren. Folgende Aktivitäten kommen hierbei in Betracht:

- Informationsbeschaffung,
- umfassende Aufklärung des Mandanten über seine Rechte, Ablauf und Abschluss des Ermittlungsverfahrens, zu erwartende Maßnahmen der Strafverfolgungsbehörde: Vorladung, Durchsuchung, Zwangsmaßnahmen und die opportunen Verhaltensweisen,¹⁴
- Anwesenheit und Beteiligung des Verteidigers bei der Beweissammlung (Durchsuchung, Beschlagnahme, Zeugenvernehmung, Bestellung und Auswahl von Sachverständigen),
- eigene Ermittlungen,
- Beweisanträge im Ermittlungsverfahren (siehe hierzu auch Kurseinheit Beweis-antragsrecht),
- Einlegung von Rechtsmitteln (insbesondere in Haftsachen),
- Schriftsätze zur „Sach- und Rechtslage“,
- Informelle Kontakte zu den Ermittlungsorganen.

13 Eisenberg, Rn. 1411 - 1417, 1441 ff.

14 vgl. MAH Strafverteidigung-Schlothauer, 2014, § 3, S. 55 ff.

Die Begründung des Mandats

In Zeiten progressiv wachsender Zulassungszahlen zur Anwaltschaft gewinnt das Kapitel der Mandatsbegründung und -ausgestaltung an Bedeutung, weil namentlich für den Berufsanfänger die Bedingungen, sich im Arbeitsfeld Strafverteidigung zu behaupten, schwierig werden. Die Gefahren wachsen, Anfechtungen und Versuchungen zur Überschreitung der Grenzen zulässigen Verteidigungshandelns zu erliegen. Umso wichtiger ist es, klare Grenzen zu kennen und zu ziehen.¹

Das Kapitel „Grenzen zulässiger Strafverteidigung“ von *Hassemer* im Beck'schen Formularbuch für den Strafverteidiger² gibt in diesem Zusammenhang einen äußerst hilfreichen Überblick über die wesentlichen einschlägigen Normen (materielles und formelles Strafrecht, Berufsrecht) wie auch die sog. „informellen Programme“,³ an denen man sich bestens orientieren kann. Allerdings gibt *Hassemer* selbst zu bedenken, dass es nicht immer eindeutige Grenzen zulässiger Strafverteidigung gibt, so dass mögliche Probleme nur angerissen werden können. Hingegen wäre nach seinen Worten „eine Checkliste“ für gerade noch tolerable Aktivitäten trügerisch und gefährlich.⁴

a) Der Verteidiger und sein Mandant begründen ein wirksames Verteidigungsverhältnis, wenn sie einen Dienstvertrag gem. § 611 BGB schließen, der eine Geschäftsbesorgung gem. § 675 BGB zum Gegenstand hat.⁵

Selbstverständlich gibt es keinen Kontrahierungszwang. Der Anwalt ist frei in der Entscheidung zur Übernahme eines Mandates. Wird ein solches ihm angetragen und möchte er es nicht annehmen, muss er die Ablehnung unverzüglich erklären (§ 44 S. 1 BRAO), schuldhaftes Verzögern kann Schadensersatzpflichten auslösen (§ 44 S. 2 BRAO). § 43a BRAO normiert die Grundpflichten des Anwalts, denen der Verteidiger bei Übernahme und Ausübung des Mandats Rechnung zu tragen hat:

- Unabhängigkeit,
- Verschwiegenheitspflicht (abgesichert über § 203 StGB),
- Sachlichkeitsgebot,⁶

1 Vgl. Deckers, Das strafrechtliche Mandat, in: Römermann/Hartung (Hrsg.), Die Anwaltsstation nach neuem Recht, 2003, S. 226 ff.

2 Hassemer in: Hamm/Leipold (Hrsg.), Beck'sches Formularbuch für den Strafverteidiger, 2010, S. 1 ff.

3 Vgl. dazu schon: Hassemer in StV 1982, 377 ff.

4 Vgl. dazu: Deckers, Anwaltsstation Strafrecht, 2011, S. 12 f.

5 Weihrauch a.a.O. (Fußn. 7)Rn. 1; Gillmeister in: Brüssow/Gatzweiler/Krekeler/Mehle (Hrsg.), Strafverteidigung in der Praxis, 4. Aufl., 2007, S. 93 ff.

6 Hassemer, a.a.O.

- Verbot, widerstreitende Interessen zu vertreten (vgl. § 146 StPO),
- Sorgfalt in der Behandlung anvertrauter Vermögenswerte – unverzügliche Weiterleitung fremder Gelder an den Empfangsberechtigten oder Einzahlung auf ein Anderkonto (Problemkreis Geldwäsche, § 261 StGB).⁷

Wer Honorare vereinnahmt, ohne Rechnung zu legen und/oder die vereinnahmten Gelder zu quittieren und zu buchen, begeht nicht nur Steuerhinterziehung, sondern begibt sich in die Hände Dritter und wird erpressbar.

Wer, und sei es auch nur in heimeliger Gerichtskantinenatmosphäre, mit Angehörigen der Justiz über Mandatsinterna spricht, verstößt gegen § 203 StGB. Das „Parken“ von deliktskontaminierten Geldern auf dem Anderkonto kann im Hinblick auf Begünstigung und/oder Geldwäsche strafbar sein.⁸

Das sensible Kapitel der Interessenkollision (vgl. insbesondere § 146 StPO) verlangt eine besonders sorgfältige Prüfung. Über die Problematik eines möglichen Parteiverrats⁹ (§ 356 StGB) hinaus ist § 203 StGB tangiert. Dies gilt insbesondere in den Fällen sukzessiver Mehrfachverteidigung, die grundsätzlich zulässig ist, wenn nicht – was stets zu beachten bleibt – ein materieller Interessenwiderstreit zwischen dem abgeschlossenen und dem neu begründeten Mandat vorliegt.¹⁰ Besonders deutlich wird dieses an der Problemlage, dass der frühere Mandant als Zeuge im Verfahren gegen den neuen Mandanten vernommen werden muss. Diese Vorschriften sind auch im Rahmen einer Sozietät zu beachten (§ 3 Abs. 2 S. 1 BORA).¹¹

Allerdings eröffnet gerade § 3 Abs. 2 S. 2 BORA die Möglichkeit, innerhalb einer Sozietät mehrere Mandanten – etwa aus der Managerebene eines Unternehmens – zu verteidigen, auch wenn – latent oder offensichtlich – widerstreitende Interessenlagen bestehen können. Die Mandanten müssen über das Bestehen des anderen Mandats aufgeklärt, über mögliche Interessenskonflikte unterrichtet werden und ihr Einverständnis zur Begründung und dem Fortbestand des Mandats erklären. Dies alles ist schriftlich zu dokumentieren.¹² Belange der Rechtspflege dürfen nicht entgegenstehen.

Eine weitere Begrenzung stellt die Norm des § 137 Abs. 1 S. 2 StPO dar: „Die Zahl der gewählten Verteidiger darf drei nicht übersteigen.“ Dies hindert – schon vom Wortsinn her – nicht daran, dass dem Beschuldigten neben drei gewählten Verteidigern noch Pflichtverteidiger bestellt werden, was im Ermittlungsverfahren nur auf

7 Schönke/Schröder-Stree/Hecker, StGB, 2014, § 261, Rn. 17 ff.; Fischer, StGB, 2015, § 261, Rn. 32 ff.; MAH- Strafverteidigung-Müller/Leitner 2014, S. 1527 ff Rn 169 ff.; Barton, StV 1993, 156; Hartung, AnwBl. 1994, 440.

8 Vgl. Deckers, Anwaltsstation Strafrecht, S. 10 m.w.N., S. 15 ff.

9 Vgl. Pfeiffer, Parteiverrat als straf- und standesrechtliches Problem, in: Strafverteidigung und Strafprozeß, Festgabe für Ludwig Koch, 1989, S. 127 ff.

10 Dahs, NStZ 1991, 565; Deckers Anwaltsstation Strafrecht S. 17.

11 Henssler/Prütting, BORA, 2104, § 3 Rn 2 ff..

12 Vgl. dazu: Feuerich/Weyland, BORA, 2012, § 3 Rn. 13 ff.

Antrag des Staatsanwalts (§ 141 Abs. 3 S. 2 StPO) geschehen kann. Eine Ausnahme stellt die im Jahre 2009 ins Gesetz aufgenommene Regelung des § 141 Abs. 3 S. 4 dar: Obligatorische Pflichtverteidigerbestellung unverzüglich nach Vollstreckung eines Haftbefehls gegen den Beschuldigten.¹³ Über einen solchen Antrag entscheidet der Vorsitzende des für das Hauptverfahren zuständigen Gerichts (§ 141 Abs. 4 StPO). Dessen Zuständigkeit ist auch gegeben, wenn es um die Zulassung „anderer Personen“ (Verteidiger aus dem Ausland) zur Verteidigung geht (§ 138 Abs. 2 StPO).

b) Die Kündigung des Mandates ist jederzeit zulässig, sie darf indes nicht zur Unzeit erfolgen (vgl. § 627 BGB). Der Dienstberechtigte muss in der Lage sein, sich die Dienste (auch) anderweitig zu beschaffen – nicht notwendig in gleicher Güte und zu gleichen Bedingungen.¹⁴ Liegt ein wichtiger Grund zur Kündigung vor, entfällt die Schadensersatzpflicht auch bei Kündigung zur Unzeit. Dabei genügt ein rechtfertigender Grund, eine Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Dienstverhältnisses ist nicht erforderlich. Unaufschiebbare, notwendige Arbeiten sind noch durchzuführen.¹⁵

Beim inhaftierten Mandanten werden allzu leicht aus der Not – Behinderung der Freiheit, Einschränkung der Verteidigungsmöglichkeiten¹⁶ – „unlautere“ Angebote und Erwartungen an den Verteidiger herangetragen, die Privilegien des § 148 StPO für andere Zwecke (Umgehung der Postkontrolle, Regelung anderer, nicht untersuchungsgegenständlicher Rechtsangelegenheiten, Mandatsvermittlungen etc.) zu missbrauchen. Solchen Ansinnen muss sich der Verteidiger widersetzen. Werden sie beharrlich wiederholt, muss der Anwalt erwägen, das Mandatsverhältnis zu kündigen.

c) Auch die inhaltlichen Fragen bedürfen einer näheren Betrachtung:

Es sollte sich ein Vertrauensverhältnis zwischen dem Mandanten und seinem Verteidiger entwickeln können. Im Zwischenraum von notwendiger professioneller Distanz einerseits und Empathie und Engagement andererseits müssen juristische und menschlich-soziale Beratung, Begleitung, Hilfe, Krisenbewältigung und „Kampf“ angesiedelt sein. Ein Zuviel an eigener Betroffenheit verstellt allzu leicht den Blick für die notwendigen professionellen Maßnahmen, allzu kühle oder gar abwehrende Distanz wirft Fragen nach dem beruflichen Grundverständnis auf.

Es kann nicht übersehen werden, dass in dem Machtgefälle (Asymmetrie) der staatlichen Strafverfolgung gegenüber dem in Verdacht geratenen Bürger der Verteidiger die wesentliche Orientierungshilfe für den Beschuldigten darstellt. Daher kommt dem Verteidiger eine wesentliche Beistandsfunktion zu.¹⁷ Dieser – berechtigten – Erwartung muss der Verteidiger gerecht werden. Der Rahmen zulässiger und sinnvoller

13 Vgl. dazu: Meyer-Goßner/Schmitt, 2015, § 141 Rn. 3 ff.

14 Palandt/Putzo, BGB, 2012., § 627, Rn. 6.

15 Palandt/Putzo, Rn. 7; Zum Ganzen MüKo/Henssler, 2012, § 627 Rn 31 ff.

16 Schlothauer/Weider, Untersuchungshaft, 2010, Rn. 1 ff.

17 Vgl. OLG Celle NSZ 1988, 426; dazu: KK-StPO-Laufhütte/Willnow, vor § 137 Rn 5 ff.

Abwehrmaßnahmen ist abzustecken, im Dialog sind Verteidigungsziele zu definieren, im Fortgang des Ermittlungsverfahrens möglicherweise zu korrigieren.

Das Prozesshafte, Dynamische eines Ermittlungsverfahrens muss dem Mandanten vermittelt werden, seine Subjektstellung ist gewissenhaft zu behaupten. Dies setzt aktive Kommunikation sowie Informationssammlung und -auswertung voraus. Wenn sich in dieser Entwicklung das notwendige Vertrauensverhältnis ergibt, können Verteidigungsweg und -ziel bestimmt und die Kräfte auf das Wesentliche konzentriert werden. Eigene Ermittlungen des Verteidigers dienen hierbei der Informationsgewinnung und Vorbereitung von Beweisanträgen im Ermittlungsverfahren. Grundentscheidungen zur Wahrnehmung des Erklärungsrechtes (rechtliches Gehör gem. Art. 103 GG) oder des Schweigerechtes sind zu treffen.

Auch im geheimnisgeschützten Bereich (§ 53 StPO) sollte der Mandant seinen Verteidiger möglichst umfassend informieren, der Verteidiger sollte dem Mandanten insofern die Voraussetzungen für eine kontrollierte Informationsbeherrschung¹⁸ vermitteln. Anzusprechen sind in diesem Zusammenhang vor allem die mit der Weitergabe der Informationen an Dritte notwendig einhergehenden Beherrschungsverluste wie auch die heimlichen Ermittlungsmethoden der Polizei. Je schwerer der Tatvorwurf ist, desto größer werden die Gefahren, dass gegenüber einem schweigenden oder bestreitenden Beschuldigten verdeckte Ermittlungsmaßnahmen ergriffen werden, um an originäre Äußerungen des Beschuldigten zum Tatgeschehen zu gelangen. Soweit Informationen Dritter tangiert sind, kann und darf sich der Einfluss auf Informationsbeherrschung ausschließlich auf die Beratung über und Anregung zur Wahrnehmung gesetzlich zugestandener Rechtspositionen beschränken.¹⁹

So darf der Verteidiger im Interesse des Beschuldigten versuchen,

- den Tatzeugen von einer Anzeige abzubringen (beispielsweise mit dem Angebot einer zivilrechtlichen Regulierung),
- den Inhaber eines Strafantragsrechts zu einer Unterlassung oder Rücknahme des Strafantrages zu bewegen,
- zeugnis- (§§ 52, 53 StPO) bzw. auskunfts- (§ 55 StPO) verweigerungsberechtigte Zeugen zur Ausübung dieses Rechtes anzuhalten.²⁰

18 Vgl. Amelung, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozeß, 1990; Eisenberg, a.a.O., Rn. 336 ff., 368; Müssig, GA 1999, 119 ff.

19 Vgl. dazu Hassemer, a.a.O. (Fußn. 3), S. 12 m.w.N.

20 Vgl. BGHSt 29, 98, 107.

2 Der Anfangsverdacht als zentraler Begriff für den Beginn des Ermittlungsverfahrens

2.1 Der Anfangsverdacht

§ 152 Abs. 2 StPO bestimmt: „Sie (scil.: die Staatsanwaltschaft) ist, soweit nicht gesetzlich ein anderes bestimmt ist, verpflichtet, wegen aller verfolgbaren Straftaten einzuschreiten, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen.“

Die zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkte sind auf den Begriff „Straftaten“ zu beziehen, das heißt, Staatsanwaltschaft und Verteidigung haben zweistufig zu prüfen, ob

- konkrete Tatsachen einen bestimmten Sachverhalt wahrscheinlich erscheinen lassen (hinreichender oder dringender Tatverdacht ist nicht erforderlich) und
- dieser Sachverhalt unter eine strafbarkeitsbegründende Vorschrift subsumiert werden kann.

Die Verteidigung prüft den Anfangsverdacht im Sinne des § 152 Abs. 2 StPO mithin unter tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkten. Hinsichtlich der zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkte gilt:

„Die Anwendung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs erfordert im Einzelfall die Abwägung aller für die Entscheidung wesentlichen be- und entlastenden Umstände in Gestalt einer Gesamtschau.“¹

Erforderlich sind in jedem Fall Tatsachen im Sinne einer tatsächlichen Grundlegung:

„Die zureichenden Anhaltspunkte müssen eine tatsächliche Grundlage haben, die darauf hindeutet, dass über die bloße allgemeine Möglichkeit einer Begehung von Straftaten gerade der zu untersuchende Lebenssachverhalt eine Straftat enthält (...). Sie müssen noch nicht feststehen, die bloße Wahrscheinlichkeit (auch geringeren Grades), dass sie vorliegen, genügt, denn es ist gerade Ziel des Einschreitens, die Richtigkeit zu überprüfen.“²

Nicht ausreichend sind bloße Vermutungen und Möglichkeiten.

Rieß hat formuliert:

„Es wird durch die Strafprozessordnung nicht gedeckt und ist nicht Teil eines gesetzmäßigen strafprozessualen Ermittlungsverfahrens, wenn aufgrund bloßer, nicht durch tatsächliche Hinweise gestützter Möglichkeiten und rein kriminalistischer Hypothesen ganze Felder des sozialen Lebens durchleuchtet werden, nur weil die Möglichkeit besteht, dass dabei Straftaten ans Licht gefördert werden.“³

Daraus folgt: Unterstellungen, Spekulationen und Vermutungen genügen nicht.

1 BGH NStZ 1988, 510 f.

2 Löwe/Rosenberg/Rieß, StPO, 24. Aufl., § 152, Rn. 25., gleichlautend Löwe/Rosenberg/Beulke, 2008

3 Löwe/Rosenberg/Rieß, Rn. 22. Vgl. Löwe/Rosenberg/Beulke, 2008 Rn 22

Hinsichtlich der auch bei § 152 Abs. 2 StPO durchzuführenden Subsumtion ist zu beachten, dass der (wahrscheinliche) Sachverhalt nach Aktenlage eine strafbare und verfolgbare Handlung darstellen muss. Die Subsumtion darf deshalb – anders als bei der Bejahung der zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkte – nicht unvollständig sein. Sie muss den objektiven und subjektiven Tatbestand ebenso erfassen wie Rechtswidrigkeit und Schuld. Liegt etwa erkennbar Notwehr vor, darf kein Ermittlungsverfahren eingeleitet werden.⁴ Gleiches gilt, wenn Verfahrenshindernisse bestehen (z. B. Verjährung). Die rechtliche Bewertung im Rahmen des § 152 Abs. 2 StPO ist lediglich insoweit vorläufig, als die in Betracht kommenden strafbarkeitskonstituierenden Normen noch nicht endgültig feststehen müssen (Beispiel: Todeserfolg im Rahmen einer Schlägerei: §§ 211, 212 oder § 226 StGB).

Die Annahme des Anfangsverdachts durch die Staatsanwaltschaft begründet einerseits Kompetenzen und Verpflichtungen (beispw. Zwangsmaßnahmen ergreifen) andererseits sind die mit der Begründung des Beschuldigtenstatus verbundenen Rechte der betroffenen Person (§ 136 StPO) zu beachten.⁵ Die Frage, ob zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, ist keine Ermessensentscheidung der Staatsanwaltschaft wird aber ein Beurteilungsspielraum zugestanden.⁶

Der Anfangsverdacht liegt – regelmäßig – vor, wenn es nach dem kriminalistischen Erfahrungen möglich erscheint, dass eine verfolgbare Straftat gegeben ist.⁷ Zu der rechtlichen Beurteilung über das objektive Bestehen eines Verdachts ist der Verfolgungswille der Strafverfolgungsbehörde hinsichtlich der Verdachtshypothesen erforderlich, der sich in einem Willensakt manifestiert.⁸

Vorermittlungen zur Klärung der Frage, ob ein Ermittlungsverfahren einzuleiten ist, sind zulässig. Sie können dem Schutz der betroffenen Person dienen, um zu vermeiden, dass ihr durch Bekanntwerden des Verfahrens in der Öffentlichkeit erhebliche private und öffentliche Nachteile entstehen.⁹ Auch in diesem Abschnitt ist Verteidigung möglich und opportun (§ 137: "in jeder Lage des Verfahrens").

2.2 Präventive Verteidigung – Verteidigung von der „ersten Stunde“ an

Vier verschiedene Konstellationen von Strafverteidigung im frühesten Stadium lassen sich unterscheiden:

4 Löwe/Rosenberg/Rieß, Rn. 24.; ebenso Löwe/Rosenberg/Beulke, Rn 24

5 Meyer-Goßner/Schmitt, § 152 Rn. 3; BGH StV 2015, 337 ff.

6 Meyer-Goßner/Schmitt § 152 Rn. 4; Hoven NSStZ 2014, 361 ff. 363; zu den Grenzen des Beurteilungsspielraums: S. 364.

7 Senge, FS-Rainer Hamm, Zur Zulässigkeit staatsanwaltschaftlicher Vorermittlungen 2008, S. 701 ff.

8 BGH StV 2015, 337, 338.

9 Meyer-Goßner/Schmitt, § 152 Rn. 4b.

- der Mandant gesteht gegenüber dem Anwalt bislang nicht entdeckte Straftaten ein, ohne dass ein Ermittlungsverfahren sicher zu erwarten ist (1),
- der Mandant erwartet ein Ermittlungsverfahren – z. B. angekündigte Strafanzeige, Konkurs seines Unternehmens und Weiterleitung der Konkursakten an die Staatsanwaltschaft (2),
- die Staatsanwaltschaft hat ein Vorermittlungsverfahren (AR-Verfahren) eingeleitet (3),
- ein Ermittlungsverfahren (Js-Verfahren) ist eingeleitet, noch vor Beginn der eigentlichen Ermittlungen gewährt die Ermittlungsbehörde rechtliches Gehör (4).

(1) Zu den schwierigsten Beratungssituationen der Strafverteidigung gehört die Betreuung des Mandanten, der im Innenverhältnis Straftaten eingesteht, die nach seiner Darstellung bislang nicht entdeckt sind und deren Aufdeckung fraglich oder jedenfalls nicht zwingend ist. Auch hier gilt die Regel:

Die Entscheidung darüber, ob der Weg „nach vorn“ anzutreten ist, muss der Mandant selbst treffen. Der Verteidiger hat ihm allerdings ein Informationsniveau zu verschaffen, das ihm eine Entscheidung ermöglicht. Abzuwägen sind das Risiko der Entdeckung einerseits – der Strafverteidiger muss dabei seine beruflichen Erfahrungen erlebter Zufälle, Wahrscheinlichkeiten und justizieller Abläufe hinsichtlich der Aufdeckung von Straftaten einbringen – und der Kontrollierbarkeit des durch „Selbstanzeige“ eingeleiteten Ermittlungsverfahrens andererseits. Die Prognose der Sanktion bei dieser oder jener Alternative ist ebenso erforderlich wie eine offene Erörterung, ob der Mandant – der seinen Beratungsbedarf durch seinen Besuch manifestiert hat – der Belastung der jederzeit drohenden Verfolgung nach Entdeckung der Tat durch Dritte oder Ermittlungsbehörden gewachsen ist. Handelt es sich um gravierende Straftaten, bei denen die Anordnung der Untersuchungshaft für den Fall der Aufdeckung zu erwarten ist, kann das selbst initiierte Verfahren besonders naheliegen, da die „tätige Reue“ in Form der präventiven Mitteilung strafbaren eigenen Verhaltens Flucht- und Verdunkelungsgefahr ausschließt oder erheblich reduziert.¹⁰

Sonstige Zwangsmaßnahmen – wie zum Beispiel Durchsuchungen – werden bei einem offensiven Vorgehen ebenfalls in der Regel vermieden, ein glaubhaftes Geständnis lässt sogar weitere Ermittlungen oftmals überflüssig erscheinen. Bei dieser Beratung ist die Autonomie des Mandanten zu wahren: Die Darstellung des Für und Wider hat vollständig und genau zu erfolgen, seine Entscheidung darf grundsätzlich nicht durch die des Verteidigers ersetzt werden.

Die Umsetzung einer „Öffnungsstrategie“ durch den Verteidiger muss dem professionellen Standard einer kontradiktorischen Verteidigung entsprechen. Die

¹⁰ Vgl. die zahlreichen, den Vollzug der U-Haft vermeidenden Entscheidungen bei „Selbststellern“: OLG Köln StV 1993, 86; StV 1994, 582, StV 1996, 389; StV 1997, 642; OLG Frankfurt/Main StV 1997, 138; OLG Braunschweig StV 1995, 257.

schriftlich oder im Rahmen einer zu vereinbarenden Vernehmung bei der Staatsanwaltschaft mitgeteilten Sachverhalte sind rechtlich zu bewerten. Der Verteidiger darf sich nicht der Chance begeben, als erster (selten genug!) rechtliche Weichenstellungen vorzunehmen, minder schwere Tatbestände nahezubringen und damit bei der rechtlichen Einordnung Einfluss zu nehmen. Die Bereitschaft der Staatsanwaltschaft zur Akzeptanz ist dabei sehr viel größer – bei Vergehen lassen sich des öfteren Erledigungen nach § 153a StPO oder Strafbefehlsverfahren (auch: § 59 StGB: Verwarnung mit Strafvorbehalt) erreichen.

- (2) Durchaus häufig ist die Variante des ein Verfahren befürchtenden Mandanten, der die Vorwürfe bestreitet oder aber keine eigene Wertung im Sinne einer von ihm begangenen Straftat vornimmt, ohne dass der Verteidiger einigermaßen sicher beurteilen kann, wie sich die Sach- und Rechtslage darstellt. Bei unsicherer Beweislage – wenn zum Beispiel der Geschäftsführer eines im Konkurs befindlichen Unternehmens um vorsorgliche Tätigkeit gegenüber der Staatsanwaltschaft bittet – sind Verteidigungsschriftsätze zu einem antizipierten Tatverdacht wenig sinnvoll, denn der unklare Sachverhalt lässt eine zuverlässige Subsumtion nicht zu. Anders kann es sich bei angekündigten Strafanzeigen Dritter – z. B. anlässlich arbeitsrechtlicher, wettbewerbsrechtlicher oder sonstiger zivilrechtlicher Auseinandersetzungen – verhalten. Allzu häufig wird der Versuch unternommen, die Staatsanwaltschaft und ihre Zwangsbefugnisse einzusetzen, um Unterlagen des Prozessgegners und Vorteile im Zivilverfahren zu erlangen, insbesondere Darlegungs- und Beweislücken durch Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens füllen zu können. Der Rückgriff auf das Strafverfahren, in dem im Gegensatz zum Zivilprozess der Amtsermittlungsgrundsatz gilt, bietet das Potenzial, „die Staatsanwaltschaft bzw. das Strafgericht als Beweisbeschaffungsinstitution zu missbrauchen“.¹¹ Die Strafanzeige in Verbindung mit der Anregung, eine Durchsuchung beim Angezeigten vorzunehmen, ist daher ein beliebter (und kostengünstiger) Weg. Für den Mandanten ist eine solche Situation vor allem deshalb gefährlich, weil § 406e StPO dem (potenziell) Geschädigten ein Akteneinsichtsrecht gewährt. *Otto* formuliert hierzu:

„Diese Weite des Interessenschutzes (berechtigtes Interesse an Akteneinsicht im Sinne des § 406e StPO) bietet den Parteien eines Zivilprozesses weitreichende Möglichkeiten, auf Beweismaterial im Besitz des Prozessgegners Zugriff zu nehmen, wenn es gelingt, gegen diesen ein Ermittlungsverfahren in Gang zu bringen und im Rahmen dieses Verfahrens Unterlagen durch die Staatsanwaltschaft beschlagnahmen zu lassen.“¹²

Grundsätzlich wird dem Verletzten ein berechtigtes Interesse zur Akteneinsicht nach § 406e zuerkannt, wenn er prüfen möchte, ob und in welchem Umfang er gegen den Beschuldigten zivilrechtliche Ansprüche geltend machen kann.¹³ Es

11 Kühne, Strafprozessrecht, 2007, Rn. 599.

12 Otto, GA 1989, 289, 290; vgl. hierzu weiter Kempf, StV 1987, 217; E. Müller, DRiZ 1987, 473; Schünemann, NStZ 1986, 199; Thomas, StV 1985, 433 f.

13 Vgl. nur: BVerfG, NJW 2007, 1052; ablehnend: Steffens StraFo 2006, 60.

besteht hingegen dann nicht, wenn die Einsichtnahme der Ausforschung oder nach materiellem Zivilrecht unzulässiger Beweisgewinnung dienen soll.¹⁴ In Konstellationen "Aussage gegen Aussage" soll nach einer Entscheidung des OLG Hamburg¹⁵ dem Nebenkläger – zumeist der Anzeigerstatter – die Akteneinsicht versagt werden, weil durch die Akteneinsicht eine erhebliche "Trübung des Beweismittels" zu besorgen ist.¹⁶

Der Verteidiger kann – um die Einleitung des Verfahrens und den Zugriff auf seine Beweisunterlagen mittels Durchsuchung zu verhindern – entweder bei dem zuständigen Staatsanwalt oder aber beim Ermittlungsrichter des Amtsgerichts „Schutzschriften“ hinterlegen, in denen er zum Anfangsverdacht Stellung nimmt, den Hintergrund einer denkbaren Anzeige transparent macht und – möglicherweise bereits in diesem Stadium – auf die Möglichkeit des § 154d StPO hinweist, der der missbräuchlichen Inanspruchnahme des Strafverfahrens zur Beweiserhebung oder als Druckmittel im Verwaltungs- oder Zivilverfahren vorbeugen soll.¹⁷

Wenn die Frage des hinreichenden Tatverdachts von einem verwaltungs- oder zivilrechtlichen Problem abhängt, gilt dies regelmäßig bereits für die Frage des Anfangsverdachts, da dieser wiederum eine vollständige Subsumtion voraussetzt. Der einseitige Parteivortrag mit dem Ziel der Erwirkung einer Durchsuchungsanordnung kann so relativiert oder abgewehrt werden. Zunehmend zeigen Staatsanwaltschaften Resistenz gegen den Versuch, sie zum billigen Büttel in zivilrechtlichen Auseinandersetzungen zu machen.

- (3) In größeren Verfahren, wenn es um komplizierte Sachverhalte oder Personen und Institutionen von öffentlicher Bedeutung geht, leitet die Staatsanwaltschaft oftmals ein „Vorermittlungsverfahren“ ein, um die Frage des Anfangsverdachts einer Beurteilung zuzuführen. Dieses so genannte „AR-Verfahren“ (AR = Allgemeine Registersache) bietet natürlich Raum für den Einfluss von Verteidigung, wenn es dem Mandanten bekannt wird. Zwar bestimmt § 137 StPO, dass „der Beschuldigte sich in jeder Lage des Verfahrens des Beistands eines Verteidigers bedienen“ kann. Das gegen eine Person gerichtete in Rede stehende Vorermittlungsverfahren lässt aber anwaltliche Hilfe bereits deshalb zu, weil sogar der gefährdete Zeuge in einem Strafverfahren das Recht auf einen Beistand hat.¹⁸

Die Einwirkungsmöglichkeiten werden jedoch zumeist begrenzt sein. Wird die Einleitung eines Verfahrens abgelehnt, ist ein Beistand nicht erforderlich.

14 Meyer-Goßner/Schmitt § 406e Rn. 3.

15 StraFo 2015, 13.

16 Baumhöfener, NStZ 2014, 135; ders. Akteneinsicht der Nebenklage in der Fallkonstellation „Aussage gegen Aussage“ aus rechtlicher Sicht In: Deckers/Köhnken, Hrsg., Die Erhebung und Bewertung von Zeugenaussagen im Strafprozess, 2014 S. 183 ff.

17 Meyer-Goßner/Schmitt, § 154d, Rn. 1; Löwe/Rosenberg/Beulke, § 154d, Rn. 1.

18 BVerfGE 38, 105.

Kommt es zur Einleitung eines Js-Verfahrens, wird die Staatsanwaltschaft meist einen Vermerk fertigen, der dem Verteidiger die Möglichkeit gewährt, die Schlüssigkeit der Bejahung des Anfangsverdachts zu überprüfen und erste Verteidigungsansätze zu bedenken.

Auch wenn die Staatsanwaltschaft – gestützt auf § 147 Abs. 2 StPO – die Einsicht in den Vermerk verweigert, kann ein Rekurs auf §§ 136, 163a Abs. 4 StPO hilfreich sein. Dem Beschuldigten ist nämlich bereits bei seiner ersten Vernehmung zu eröffnen, „welche Tat ihm zur Last gelegt wird“ (§ 136 Abs. 1 S. 1 StPO). Benötigt die Staatsanwaltschaft selbst ein Vorermittlungsverfahren und eine schriftliche Fixierung hinsichtlich der Bejahung des Anfangsverdachts, so muss dem Beschuldigten die Möglichkeit gegeben werden, sich über diese „Einleitungsverfügung“ zur „Tatkonkretisierung“ zu informieren.

- (4) Teilt die Staatsanwaltschaft – nach Einleitung des Js-Verfahrens – dem Beschuldigten mit, dass ein Verfahren gegen ihn eröffnet wurde und fügt sie – was ebenfalls keine Seltenheit ist – auszugsweise oder vollständig die bei ihr eingegangene Anzeige bei, so hat der Verteidiger frühzeitig die Möglichkeit, schriftlich zur Anzeige Stellung zu nehmen, den Tatverdacht anzugreifen und gezielt Richtigstellungen vorzunehmen – möglicherweise durch Beifügung von Urkunden oder durch den Antrag, im Ermittlungsverfahren Zeugen vernehmen zu lassen.

Eine hervorragende Rolle spielen in diesem frühen Stadium auch die §§ 153 ff. StPO. Eine Einstellung nach § 153 StPO ist für den Mandanten unschädlich, da – wie bereits der Wortlaut der Vorschrift belegt – die Schuldfrage offenbleibt und ein Unwerturteil mit dieser Einstellung unter keinem denkbaren Gesichtspunkt verbunden ist. Im Ermittlungsverfahren bedarf die Anwendung des § 153 StPO nicht der Zustimmung des Beschuldigten; dies dokumentiert auch, dass eine derartige Einstellung für ihn folgenlos sein muss. Anders als bei der Einstellung gemäß § 170 Abs. 2 StPO ist die Einstellung nach § 153 StPO durch den Staatsanwalt für den Verletzten nicht anfechtbar, das heißt, sie kann für den Verteidiger sogar vorzugswürdig sein (Ausschluss der Beschwerde bzw. des Klageerzwingungsverfahrens des Strafantragstellers!).

In diesem frühen Stadium des Verfahrens kommt § 154d StPO ebenfalls in Betracht. Ist ein Zivilverfahren zwischen dem Beschuldigten und dem Anzeigenerstatter anhängig oder berührt sich der Anzeigenerstatter eines Erfüllungs- oder Schadensersatzanspruches, kann die Staatsanwaltschaft entweder im Hinblick auf das anhängige Zivilverfahren gem. § 154d StPO das Verfahren aussetzen oder den Anzeigenerstatter zunächst durch Fristsetzung auf den Zivilrechtsweg verweisen (mit entsprechenden Prozessrisiken und Kosten). Gleiches gilt für Verfahren, in denen verwaltungsrechtliche Fragen zu klären sind – beispielsweise wegen der Verwaltungsakzessorietät in Umweltstrafsachen. Auch hier ist die Möglichkeit der frühen Aussetzung des Ermittlungsverfahrens im Hinblick auf ein verwaltungsgerichtliches Verfahren denkbar und für den Verteidiger zumeist

akzeptabel. Angesichts der Dauer derartiger Verfahren¹⁹ lassen sich später dann – häufig auch bei negativem Ausgang des zugrunde liegenden zivil- oder verwaltungsgerichtlichen Verfahrens – pragmatische Lösungen finden.

2.3 Die Wirkung des Anfangsverdachts – flankierende Verteidigung

Rieß formuliert in diesem Zusammenhang:

„Bis zur Rechtskraft gibt es im Strafverfahren nur Verdächtige und damit möglicherweise Unschuldige. Alle verfahrensrechtlichen Bestimmungen müssen daher so beschaffen sein, dass sie auch dem Unschuldigen gegenüber noch als Sonderopfer gerechtfertigt werden können.“²⁰

Das Spannungsfeld zwischen Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 MRK) und dem „Sonderopfer“ des Ermittlungsverfahrens ist für den Mandanten kaum verständlich: Die Unschuldsvermutung ist abstrakt, das Sonderopfer dagegen mit Händen greifbar. Wie *Richter II* aufgezeigt und herausgearbeitet hat, kann bereits die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens berufliche Nachteile mit sich bringen (Fragebogen bei Einstellungen, disziplinarische Vorermittlungen bei Beamten, Aussetzung von Besteuerungsverfahren bis zum Abschluss des Ermittlungsverfahrens etc.).²¹ Noch gravierender sind die Beeinträchtigungen für den Betroffenen, wenn die Existenz eines Ermittlungsverfahrens öffentlich bekannt wird oder zumindest das nähere soziale Umfeld des Mandanten hiervon Kenntnis erlangt – zum Beispiel anlässlich einer Durchsuchungsmaßnahme (Stigmatisierungswirkung).²² Schließlich ist die erzwungene Akzeptanz von Zwangsmaßnahmen und hier insbesondere Durchsuchungen ein Beleg dafür, welche gravierenden Folgen die Bejahung des Anfangsverdachts mit sich bringen kann.

Die Öffentlichkeit – der Laie – weiß regelmäßig nicht, wie niedrig die gesetzliche Eingangsstufe für das Ermittlungsverfahren ist. Die Aufgabe der Verteidigung in diesem Stadium des Verfahrens ist es daher insbesondere auch, gegenüber Dritten – und zwar nicht nur der Presse – auf Verlangen des Mandanten zu verdeutlichen, dass die Bejahung des Anfangsverdachts nicht das Geringste darüber besagt, ob eine Straftat begangen wurde. Beschuldigter eines Ermittlungsverfahrens kann jeder sein, selbst Richter und Staatsanwälte sind nicht frei davon. Nicht nur im Innenverhältnis gegenüber dem Mandanten – hier ist es selbstverständlich – muss daher umfassend über die Funktion eines Ermittlungsverfahrens und seine Bedeutung informiert werden. Der Mandant hat einen Anspruch darauf, dass der Verteidiger im Umgang mit ihm und

19 Harms, NStZ-RR 1998, 97; BVerfG NStZ 1997, 591; BGH StV 1996, 526; OLG Frankfurt/Main NStZ-RR 1998, 53.

20 Rieß in: FS Schäfer, Prolegomena zur Gesamtreform des Strafverfahrensrechts, 1980, S. 153, S. 194 (Leitsatz 10).

21 StV 1985, 382, 384.

22 Vgl. Kühne, a.a.O., Rn. 317.

Dritten die Unschuldsvermutung wahrt und ihr dadurch Gestalt verleiht, dass er die Kategorie des Anfangsverdachts verdeutlicht und erläutert.²³

Hierzu gehört auch – worauf noch einzugehen sein wird – die Abwehr von und die Auseinandersetzung mit ausufernden Zwangsmaßnahmen, insbesondere rechtswidrigen Durchsuchungsbeschlüssen²⁴ und Anordnungen zur Telekommunikationsüberwachung,²⁵ die derzeit das Bild der Ermittlungspraxis in der Bundesrepublik Deutschland prägen.

23 Zur empfohlenen "Sprachregelung" für den Mandanten gegenüber "Dritten" in diesem Verfahrensabschnitt: Schlothauer, MAH-Strafverteidigung, S 55 ff. Rn. 26.

24 Vgl. hierzu die Beiträge in AnwBl. 1992, 349 ff.: „Zur Praxis von Durchsuchungen in der Bundesrepublik Deutschland“.

25 Vgl. die Studie von Backes/Gusy et al.: Dokumentation, Strafverteidiger 2003, S. 249; hierzu näher unten S. 88 f.

3 Pflichtverteidigung

Nicht selten fehlt es den Mandanten an den erforderlichen finanziellen Mitteln, um einen Verteidiger zu beauftragen. Der zunächst gewählte Verteidiger kann sich dann als Pflichtverteidiger bestellen lassen, wenn dafür die Voraussetzungen der notwendigen Verteidigung nach § 140 Abs. 1 oder 2 StPO vorliegen. Regelmäßig wird eine solche Bestellung für das Hauptverfahren erfolgen. Von großer praktischer Bedeutung ist neben § 140 Abs. 1 Nr. 1 StPO (erstinstanzliche Hauptverfahren vor dem LG oder OLG) und Nr. 2 (Vorwurf eines Verbrechens) insbesondere die zum 1.1.2010 eingeführte Regelung des § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO, nach der ein Fall der notwendigen Verteidigung vorliegt, „wenn gegen einen Beschuldigten Untersuchungshaft (...) oder einstweilige Unterbringung (...) vollstreckt wird“.¹ Dem inhaftierten Beschuldigten ist demnach bereits im Ermittlungsverfahren ein Pflichtverteidiger zu bestellen. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass im Falle einer Festnahme aufgrund eines bereits erlassenen Haftbefehls, die Vollstreckung mit der Festnahme beginnt. Das die Vorführung nach § 115 StPO durchführende Gericht hat daher ebenso unverzüglich, wie die Vorführung stattfinden soll (§ 115 Abs. 2 StPO), auch den notwendigen Verteidiger zu bestellen.² Erfolgt zunächst die vorläufige Festnahme nach § 127 Abs. 2 StPO, anschließend die Vorführung und sodann der Erlass des Haftbefehls, ist nach dessen Vollstreckung unverzüglich³ ein Pflichtverteidiger zu bestellen (§ 141 Abs. 3 S. 4), wenn der Beschuldigte nicht im Rahmen der Vorführung einen Verteidiger benennt oder ausdrücklich um sofortige Bestellung ersucht.⁴

Für alle von § 140 Abs. 1 StPO und sonstigen Spezialvorschriften – etwa § 408b StPO und § 68 Nr. 2–5 JGG – nicht erfassten Strafverfahren gilt § 140 Abs. 2 StPO als Auffangtatbestand. Nach dieser Vorschrift ist ein Fall notwendiger Verteidigung gegeben, wenn wegen der Schwere der Tat oder wegen der Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage die Mitwirkung eines Verteidigers geboten erscheint oder weil der Beschuldigte sich nicht selbst verteidigen kann. Entscheidend für die Beurteilung der Schwere der Tat ist vorwiegend die zu erwartende Rechtsfolgenentscheidung, wobei auch andere schwerwiegende Nachteile, die der Angeklagte aus der Verurteilung zu erwarten hat, berücksichtigt werden können.⁵Nach ständiger Rechtsprechung des KG begründet die Erwartung einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und mehr die Heranzie-

1 Vgl. hierzu auch die Thesen der Bundesrechtsanwaltskammer zur Praxis der Verteidigerbestellung nach §§ 140 Abs. 1 Nr. 3, 141 Abs. 3 Satz 4 StPO abgedruckt in StV 2009, 544.

2 Deckers, StraFo 2010, 441; Brocke/Heller, StraFo 2011, 1.

3 Zur Unverzüglichkeit: Regelmäßig eine Woche; Jahn StraFo 2014, 177, 185.

4 OLG Düsseldorf StraFo 2011, 263, 265 m.w.N.; a. A. in jedem Fall sei sofortige Bestellung geboten: Schlothauer FS Samson S. 714; BRAK Dokumentation StV 2010, 546 f.

5 KG Berlin, NSTZ-RR 2013, 116, 117.

hung eines Pflichtverteidigers⁶, jedoch handelt es sich hierbei nicht um eine starre Grenze.⁷

Des Weiteren kann sich eine Einschränkung der Verteidigungsfähigkeit im Sinne des § 140 Abs.2 StPO ergeben, wenn das Gebot der sog. „Waffengleichheit“ im Verhältnis mehrerer Angeklagter verletzt ist. Beurteilt wird dies anhand der Würdigung der Gesamtumstände im Einzelfall. Für die Annahme einer notwendigen Verteidigung genügt es nicht, dass ein Angeklagter durch einen Verteidiger vertreten wird und der andere nicht, vielmehr müssen weitere Umstände hinzukommen. Eine Beiordnung könnte dann zum Beispiel geboten sein, wenn sich die beiden Angeklagten gegenseitig bezüglich der jeweiligen Tatbeteiligung belasten würden. In diesem Fall widerstreitender Interessen wäre der nicht verteidigte Angeklagte im Nachteil.⁸ Gleichmaßen ist nach dieser Vorschrift regelmäßig ein Pflichtverteidiger zu bestellen, wenn ein Fall der Nebenklage vorliegt und der Nebenkläger anwaltlich vertreten wird.⁹

Hat der Beschuldigte in einem Verfahren, in dem ein Fall der notwendigen Verteidigung vorliegt, keinen Wahlverteidiger, so wird ihm der Pflichtverteidiger durch den Vorsitzenden des Gerichts, bei dem das Verfahren anhängig ist, bestellt. Der Beschuldigte hat hierbei ein Mitspracherecht bei der Auswahl – ihm ist gem. § 142 Abs. 1 Satz 2 StPO der gewünschte Rechtsanwalt zu bestellen, wenn nicht wichtige Gründe entgegenstehen. Nach zweifelhafter Auffassung des BGH soll der Beschuldigte aber keinen Rechtsanspruch auf die Bestellung des von ihm vorgeschlagenen Verteidigers haben.¹⁰

Nach Auffassung der Rechtsprechung darf der Haftrichter im Vorführungstermin mit der Bestellung eines Pflichtverteidigers warten, sofern der Beschuldigte keinen Pflichtverteidiger benennen kann und nicht ausdrücklich um sofortige Pflichtverteidigerbeordnung nachsucht. Erfolgt die Pflichtverteidigerbeordnung dennoch unverzüglich im Vorführungstermin, so kann auf Antrag des Beschuldigten der bestellte Pflichtverteidiger gegen den von dem Beschuldigten nunmehr benannten Verteidiger seines Vertrauens ausgewechselt werden, ohne dass es auf eine Störung der Vertrauensbeziehung zu dem bestellten Pflichtverteidiger ankommt.¹¹

Auch außerhalb des Anwendungsbereichs des § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO kann der Verteidiger während des Vorverfahrens bestellt werden (§ 141 Abs. 3 Satz 1 StPO). Der Verteidiger wendet sich an die Staatsanwaltschaft, damit diese einen entsprechenden Antrag gem. § 141 Abs. 3 Satz 2 StPO beim Ermittlungsrichter oder dem Vorsitzenden des voraussichtlich im erkennenden Verfahren mit der Sache zu befassenden Gerichts stellt. Das Gericht ist verpflichtet, diesem Antrag zu entsprechen, wenn drin-

6 Meyer-Goßner/Schmitt, § 140 Rn.23.

7 KG Berlin, NStZ-RR 2013, 116.

9 Zum Ganzen und weiteren Fallkonstellationen: M-G-Schmitt § 140 Rn. 21-32.

10 BGHSt 43, 163.

11 LG Krefeld NStZ 2010, 591.

gender Tatverdacht besteht und das Ermittlungsverfahren mit hoher Wahrscheinlichkeit demnächst durch eine Anklageerhebung mit dann notwendiger Verteidigung abgeschlossen werden wird.¹² Gem. § 141 Abs.3 S.4 StPO muss die Bestellung unverzüglich geschehen. Unterlässt die Staatsanwaltschaft einen solchen Antrag, obwohl ein offensichtlicher Fall notwendiger Verteidigung vorliegt – und können deshalb die Beteiligungsrechte eines Verteidigers an Vernehmungen (Beschuldigtenvernehmungen, § 136 StPO oder richterliche Zeugenvernehmungen, § 168c StPO) nicht wahrgenommen werden, ergibt sich aus einem solchen Vorgehen möglicherweise ein Verwertungsverbot bezüglich der so gewonnenen Aussageinhalte. Dieses Beweisverwertungsgebot greift bereits bei einer Verletzung im Ermittlungsverfahren.¹³

Für die Auswahl eines Pflichtverteidigers gibt es keine gesetzlichen Kriterien. Bezüglich der Beiordnung bestehen zwei Konstellationen: Entweder eine Beiordnung eines vom Angeklagten benannten Verteidigers oder aber die Beiordnung durch das Gericht. Fordert der Beschuldigte einen bestimmten Verteidiger, muss das Gericht diesem Wunsch entsprechen, es sei denn der Beiordnung steht ein gewichtiger Grund entgegen. Zudem ist bei Beauftragung eines Wahlverteidigers eine Beiordnung eines Pflichtverteidigers nicht erforderlich. Bei der Beiordnung durch das Gericht bestehen Besorgnisse, dass die Vorsitzenden dazu tendieren, Verteidiger einzusetzen, die ihnen bereits bekannt sind und mit denen in der Vergangenheit gut zusammengearbeitet werden konnte. Hieraus folgt mangelnde Transparenz bezüglich der Entscheidung des Vorsitzenden, die es in Zukunft zu durchleuchten gilt. Unverzichtbar ist in jedem Fall eine umfassende Aufklärung des Angeklagten durch den Haftrichter; besonders vor dem Hintergrund, dass der Austausch eines Pflichtverteidigers äußerst schwierig ist.¹⁴

Ein kurzfristiger Wechsel des Pflichtverteidigers ohne, dass dieser sich ausreichend in den Fall einarbeiten konnte, kann diesen zu einer Erklärung nach § 145 Abs. 3 StPO veranlassen. In einer solchen Konstellation sieht § 145 Abs.1 S.2 StPO vor, dass das Gericht die Hauptverhandlung aussetzen oder unterbrechen kann. Um einen Widerspruch mit der in § 145 Abs.1 S.1 StPO geforderten sofortigen Bestellung eines anderen Verteidigers zu vermeiden, steht es im Ermessen des Gerichts, ob der Vorsitzende die Hauptverhandlung aussetzt oder einen anderen Verteidiger bestellt. Zusätzlich muss geprüft werden, ob die getroffene Entscheidung, also entweder eine zugunsten der Kontinuität der Verteidigung oder ggf. zugunsten der Fortführung der Verhandlung mit einem neuen Verteidiger, die entstandene Konfliktlage angemessen löst.¹⁵ Oftmals ist, im Sinne des Angeklagten, der Aussetzung, trotz Verfahrensverzögerungen, der Vorzug zu gewähren. Begründet wird dies damit, dass der Zweck des § 145 StPO die effektive und angemessene Verteidigung und nicht die Verfahrenssicherung

12 OLG Oldenburg NStZ 2009, 527.

13 Eisenberg, StV 2015, 180, 181.

14 Thielmann, StV 2015 196 ff.

15 BGH, StV 2013, 675 ff.

sei.¹⁶ Erklärt der neu Verteidiger indes, er fühle sich ausreichend vorbereitet und lag auch objektiv genügend Vorbereitungszeit vor, so muss die Beiordnung nicht vom Vorsitzenden überprüft werden.¹⁷

16 LR-Lüderssen/Jahn, § 145 Rn.20.

17 BGH, StV 2013, 675 ff.