

RA Dr. Michael Gubitz, Universität Kiel\*

## Der Anwalt als Strafverteidiger im Ermittlungsverfahren<sup>1</sup>

Mit der Neuregelung des § 5b IV DRiG im Jahre 2002 ist die Dauer der Pflichtstation bei einem Rechtsanwalt im Rahmen des Referendariats auf neun Monate angehoben worden. Dieser starken Betonung der anwaltlichen Ausbildung folgend, sollen die Referendare in die Lage versetzt werden, bei einem Rechtsanwalt von Anfang an möglichst selbstständig mit zu arbeiten.<sup>2</sup> Sie sollen deshalb mit den Aufgaben und den Grundzügen der Denk- und Arbeitsmethode des Rechtsanwalts vertraut sein. Zielsetzung der nachfolgenden Ausführungen ist es, die hierfür notwendige Grundlage zu schaffen. Die Darstellung muss sich dabei auf die Vermittlung einer Übersicht beschränken<sup>3</sup>, wobei sich die Auswahl an den für die Praxis und auch eine etwaige Anwaltsklausur wesentlichen Punkten orientiert.

### A. MANDANT AUF FREIEM FUSS

Die Frage nach der richtigen Vorgehensweise als Strafverteidiger orientiert sich zunächst daran, zu welchem Zeitpunkt das Mandatsverhältnis beginnt.

#### I. Mandatsübernahme

In der überwiegenden Anzahl der Fälle befindet sich der Mandant auf freiem Fuß. Die sich aus einer Verhaftung ergebenden Besonderheiten werden unten gesondert dargestellt.

##### 1. Erstes Gespräch

Es ist zunächst zu klären, was der Mandant von dem gegen ihn laufenden Verfahren weiß, sinnvollerweise wurde daher bereits bei der Terminverabredung darauf hingewiesen, dass vorhandene Schriftstücke (Anhörungsbogen, Ladung, Durchsuchungsbeschluss, Niederschrift über Sicherstellungen) mitzubringen sind.

##### a) Informationsbeschaffung

Für den Fall, dass zwar eine Ladung zur polizeilichen Vernehmung vorliegt, es sich aber im Laufe des Gespräches ergibt, dass der Mandant gar nicht weiß, worum es geht, ist die zuständige Polizeidienststelle anzurufen und darum zu bitten, den Gegenstand der Befragung bekannt zu geben. Aus §§ 136 I 1, 163a IV StPO ergibt sich, dass der Sachverhalt zumindest insoweit mitzuteilen ist, dass sich der Vernommene dagegen verteidigen kann.

Gebühren: Es ist nun auch (spätestens) zu erwähnen, dass dieses Gespräch eine vergütungspflichtige Beratung mit den entsprechenden Gebühren darstellt.<sup>4</sup>

Das Gespräch zum Sachverhalt kann, von Ausnahmen abgesehen, eher kurz gehalten werden, da es nur der Klärung eines eiligen Handlungsbedarfs, dem ersten Kennenlernen und der Vermeidung des Eindrucks kühler Professionalität dienen soll. Ein unabwendbares Bedürfnis der Besprechung der Sache besteht eigentlich erst nach Kenntnisnahme vom Akteninhalt. Ausnahmen stellen die noch darzustellenden Fälle dar, in denen sich aus der ersten Schilderung des Mandanten die Notwendigkeit der Beweissicherung ergibt, etwa wenn es um Alibizeugen oder Rechtfertigungssituationen geht.

Es ist die Dringlichkeit der Angelegenheit und Schwere des Vorwurfs einzuschätzen, um gegebenenfalls den Mandanten über strafprozessuale Ermittlungsmethoden (Telefonüberwachung) oder Haftgründe (Verdunklungsgefahr) aufzuklären.

Sofern der Erlass oder das Vorhandensein eines Haftbefehls möglich erscheint (das werden meist nicht die Fälle sein, in denen der Mandant mit einem Anhörungsbogen oder einer schriftlichen Vorladung zur Beschuldigtenvernehmung erscheint), ist zu versuchen, den zuständigen Staatsanwalt zu ermitteln und mit diesem Kontakt aufzunehmen. Der Inhalt dieses Gespräches setzt Erfahrung und Fingerspitzengefühl voraus, denn es müssen ja zunächst einige Informationen erlangt werden, um sodann einem

Haftbefehl in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht die Grundlage zu entziehen.

Wegen des Verbots der Mehrfachverteidigung, § 146 StPO, und der Prüfung, ob die Gefahr des Parteiverrats, § 356 StGB, vorliegt, empfiehlt es sich, bereits im ersten Gespräch nach weiteren Beschuldigten und Beteiligten zu fragen; außerdem kann so der Aufbau einer Sockelverteidigung<sup>5</sup> ermöglicht werden.

##### b) Bevollmächtigung

Nun ist zu klären, ob das Mandat übernommen wird. Eine schriftliche Vollmacht ist zwar nicht unbedingt erforderlich<sup>6</sup>, bei Zweifeln an der Bevollmächtigung kann aber die Vorlage einer schriftlichen Urkunde verlangt werden. Häufig wird auch vor Aktenübersendung oder Besuch in der Justizvollzugsanstalt nach der Vollmacht gefragt, daher sollten schon aus Gründen der Vereinfachung ein oder mehrere Exemplare unterzeichnet werden.

Zu diesem Zeitpunkt ist auch – wenn nicht der Mandant schon vorher hierzu Fragen gestellt hat – die Frage der Rechtsanwaltsvergütung anzusprechen.<sup>7</sup>

Für den Bereich der Strafverteidigung gibt es keine Prozesskostenhilfe. Die Voraussetzungen, unter denen eine Pflichtverteidigerbestellung erfolgt, sind in § 140 StPO geregelt<sup>8</sup>. Maßstäbe für die Bestellung eines Pflichtverteidigers sind im Wesentlichen die Schwere des vorgeworfenen Delikts und die Unfähigkeit zur Selbstverteidigung. Keine Bedeutung kommt demgegenüber den Erfolgsaussichten und den Vermögensverhältnissen des Beschuldigten zu.

##### c) Nur Beratung

In Ausnahmefällen kann es die Schilderung des Rechtssuchenden nahe legen, zu erörtern, ob eine weitere anwaltliche Begleitung überhaupt notwendig ist. Das werden vor allem Fälle sein, in denen der (Bagatel-)Vorwurf von einem bislang Unvorbestraften eingeräumt wird und eine Einstellung nach § 153 oder § 153a StPO nahezu sicher zu erwarten ist. Natürlich kann es trotz der entsprechenden Beratung auch der Wille des Mandanten sein, in einem solchen Verfahren nicht ohne fachkundigen Beistand zu sein. Es sollte aber in diesen Grenzfällen selbstverständlich sein, mit dem Mandanten zumindest ausführlich zu erörtern, ob eine Vertretung übernommen wird.

##### d) Bedenkzeit

Auf der anderen Seite kann es auch dazu kommen, dass der Mandant trotz des Vorliegens guter Gründe für eine Verteidigung

\* Der Autor ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht in Kiel sowie Lehrbeauftragter an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel und der Ruhr-Universität Bochum.

<sup>1</sup> Der Beitrag umfasst insgesamt vier Teile, neben diesem folgen in den nächsten Heften der JA »Der Anwalt als Strafverteidiger im Zwischenverfahren«, »Der Anwalt als Strafverteidiger im Hauptverfahren« und »Der Anwalt als Strafverteidiger in Berufung und Revision«.

<sup>2</sup> Vgl. nur § 31 JAVO-SH; § 29 JAPrO-BaWü; § 40 Hess JAPrO; § 33 SächsPrO; § 44 JAPO Berlin; § 24 JAO Saarland; § 13 JAG Berlin; § 13 Bbg JAG, § 37 BbG JAO; § 37 JAPG Bremen

<sup>3</sup> Das bedeutet, dass beispielsweise die Besonderheiten des Jugendstrafrechts und auch der strafprozessualen Zwangsmaßnahmen, wie Durchsuchung, Beschlagnahme und Arrest nicht erörtert werden können.

<sup>4</sup> Zu den Gebühren noch unten; Beratungsgebühr, Nr. 2100 VV i.V.m. Nr. 2102 VV, Erstberatung, höchstens 190 €

<sup>5</sup> Hierunter wird die Abstimmung einer gemeinsamen Verteidigungslinie unter Verteidigern verschiedener Mitbeschuldiger verstanden.

<sup>6</sup> Meyer-Göfner StPO, 49. Aufl. 2006, Vor. § 137 Rn. 9.

<sup>7</sup> Einzelheiten hierzu werden im Zweiten Teil weiter ausgeführt.

<sup>8</sup> Für Jugendliche und für Heranwachsende sind die Voraussetzungen erweitert, § 68 JGG (für Heranwachsende i.V.m. § 109 I JGG); auf die Besonderheiten des Jugendstrafverfahrens kann aus Platzgründen im weiteren aber nur vereinzelt weiter eingegangen werden.

nur eine Beratung wünscht. Neben dem finanziellen Aspekt spielen hier auch psychologische Momente beim erstmaligen Aufeinandertreffen zweier sich vorher völlig unbekannter Personen eine Rolle. Diese Unwägbarkeiten sollten ebenfalls im ersten Gespräch nicht außer Acht gelassen werden und – bei entsprechenden Anzeichen – dem Mandanten die Möglichkeit eröffnet werden, die Mandatsübertragung noch zu überdenken.

Kommt es nicht zu einer Mandatsübernahme, ist eine Belehrung über den Fortgang des Verfahrens erforderlich. Die Ratsuchenden sind auf die Möglichkeit hinzuweisen, dass das Verfahren ohne weitere Zwischenschritte in einer Anklage oder einen Strafbefehl münden kann. Es ist zu erläutern, dass die Möglichkeiten der Einflussnahme auf einen Verfahrensausgang nach den §§ 170 II, 154, 153a StPO und § 31a BtMG durch einen Verteidiger größer sind als durch einen Beschuldigten, der sich selbst verteidigt.

Beruhet die zögerliche Haltung des Mandanten auf der Höhe der Anwaltsvergütung, kann vorgeschlagen werden, gegen einen Pauschalbetrag zunächst nur die Akte einzusehen, um erst danach und nach einer weiteren Erörterung und Beratung eine Entscheidung über die Weiterführung des Mandats zu treffen.

## 2. Prognose?

Bei der Frage der möglichen Folgen des Verfahrens für den Beschuldigten verliert das Mandatierungsgespräch manchmal an Konturen. Neben den Fragen der Mandatsübernahme und der Honorierung möchte der Mandant natürlich wissen, was ihn im Ergebnis erwartet, vor allem, wie hoch eine mögliche Strafe ausfallen wird. Ohne Aktenkenntnis und Klarheit etwa über die Vorstrafensituation des Mandanten sollte man sich hier zu einer Prognose allenfalls in absoluten Bagatellfällen hinreißen lassen.

## II. Sonderfälle

An dieser Stelle nicht weiter vertieft werden können Sonderfälle, wie der des »gefährdeten Zeugen«, in denen der Mandant mit einer polizeilichen oder staatsanwaltschaftlichen Ladung zur Zeugenvernehmung kommt. Nur so viel: Eine Pflicht des Zeugen, einer polizeilichen Ladung Folge zu leisten besteht nicht. Es mag aber gute Gründe und entsprechenden Beratungsbedarf geben, dies dennoch zu tun. Einer Ladung der Staatsanwaltschaft muss Folge geleistet werden (§ 161a I StPO). In beiden Fällen kann die Reichweite etwaiger Auskunfts- (§ 55 StPO) und Zeugnisverweigerungsrechte (§§ 52 ff. StPO) zu erörtern sein.

## III. Tätigkeiten nach der Mandatierung

Nach dem ersten Gespräch ist zu entscheiden, welche Maßnahmen zu treffen sind.

### 1. Verteidigungsanzeige

Für die Verteidigungsanzeige wird es in den meisten Kanzleien, in denen Referendare auch mit Strafsachen betraut werden, Formularschreiben und Textbausteine geben.

#### a) Schreiben an Polizei

Wesentliche Bestandteile des ersten Schreibens an die Polizei sind die Auskunft, dass der Mandant »auf den Rat des Unterzeichners hin zunächst keine Angaben« machen wird und davon ausgegangen wird, dass die Angaben im Sinne von § 111 OWiG<sup>9</sup> vorliegen sowie die bestimmt vorgetragene Bitte, sich »nicht direkt an den Mandanten zu wenden, sondern sich bei etwaigem Klärungsbedarf an den Unterzeichner zu wenden«. Abschließend ist dann Akteneinsicht gegenüber der Staatsanwaltschaft<sup>10</sup> zu beantragen.

#### b) Schreiben an Staatsanwaltschaft

Wenn das Aktenzeichen der Staatsanwaltschaft bekannt ist, kann in einem ersten Schreiben an diese direkt und ggfs sehr schnell

Akteneinsicht begehrt und erlangt werden. Bei Eilbedürftigkeit ist auf der Geschäftsstelle der Staatsanwaltschaft zu versuchen, in Erfahrung zu bringen, ob sich die Akte dort befindet; wenn nicht, ist sie entweder bei der Polizei (weitere Ermittlungen) oder beim Gericht (Haftbefehl, Durchsuchungsbeschluss, TÜ?). Für den Fall, dass die Akte sich bei der Polizei befindet, sollte von der Staatsanwaltschaft das polizeiliche Aktenzeichen<sup>11</sup> und die genaue Dienststelle erfragt werden, um das Schreiben an die Polizei, mit der auf die Wahrnehmung des Schweigerechts hingewiesen wird, an diese zusätzlich abzusenden.

### c) Stellungnahme, Beweisanregungen vor Akteneinsicht?

Neben diesen zumeist eher formalen Dingen ist nun die Prüfung vorzunehmen, ob schon jetzt Stellungnahmen und/oder Beweisanregungen zu fertigen sind. In der Vorstellung von Berufsanfängern hat diese Frage gewöhnlich eine sehr viel höhere Bedeutung als in vielen Fällen der Praxis. Äußerungen zur Sache oder Beweisanregungen ohne Akteneinsicht dürften eher die absolute Ausnahme darstellen.

Anlässe für eine Ausnahme können bei Beweisanregungen sein: Der drohende Verlust des Beweismittels, etwa wegen der Aufbewahrungsfristen von Verbindungsdaten bei Telekommunikationsdienstleistern oder der Verlust des Erinnerungsvermögens von Zeugen, wenn Alibi, Rechtfertigungssituation oder ähnliches in Betracht kommen. Letzteres, nämlich die Geltendmachung eines Rechtfertigungsgrundes und die Schilderung einer Rechtfertigungssituation, kann eine Ausnahme von der Regel, dass keine Sachäußerung vor Akteneinsicht erfolgt, gebieten. Es ist aber zu erheblicher Vorsicht zu raten. Derartige Äußerungen präkludieren nicht, sind also nicht schon deshalb, weil sie später als von den Strafverfolgungsbehörden gewünscht ins Verfahren eingeführt werden, im Wert gemindert. Das Risiko einzugehen, dass sie in unüberbrückbarem Widerspruch zur Aktenlage im Übrigen stehen, ist daher nur selten gerechtfertigt.

Mit Stellungnahmen und Äußerungen vor Akteneinsicht sollte selbst im Falle eines beabsichtigten Geständnisses zurückhaltend umgegangen werden. Auch dieses verliert nicht durch Zeitablauf in einem Maß an Wert, das es rechtfertigt, die negative Wirkung einer Unvereinbarkeit mit anderen Beweismitteln zu riskieren.

## 2. Akteneinsicht

Nach dem ersten Mandantengespräch ist vollständige Akteneinsicht zu beantragen, also auch die Übersendung von Beiakten, Sonderbänden etc zu verlangen.

Es besteht ein Recht auf Akteneinsicht: § 147 StPO. Spätestens mit dem Vermerk über den Abschluss der Ermittlungen, vgl. §§ 147 II, 169a StPO, kann die Akteneinsicht nicht mehr verwehrt und ggf eine gerichtliche Entscheidung herbeigeführt werden, § 147 V 2 StPO. Jedenfalls in die in § 147 III StPO genannten Unterlagen besteht in jedem Verfahrensstadium ein Recht auf Akteneinsicht.<sup>12</sup>

Nach Erhalt der Akte steht die wichtigste und unerlässliche Tätigkeit für eine sachgerechte Verteidigung an, das sorgfältige Aktenstudium. Es ist zunächst, noch vor dem Auftrag an die Mitarbeiter der Kanzlei, die Akte vollständig zu kopieren, zu prüfen oder durch geschulte Mitarbeiter prüfen zu lassen, ob

<sup>9</sup> Vor-, Familien- und Geburtsname, Geburtstag, Familienstand, Beruf, Wohnort, Wohnung, Staatsangehörigkeit; vgl. zum Umfang der sich aus § 111 OWiG ergebenden Pflicht auch OLG Dresden StraFo 2005, 391.

<sup>10</sup> Nur diese und nicht schon die Polizei kann Akteneinsicht gewähren, § 147 V 1 StPO.

<sup>11</sup> Genannt Vorgangsnummer oder Bearbeitungsnummer oder Tagebuchnummer.

<sup>12</sup> Darüber hinaus besteht in den Fällen, in denen der Mandant inhaftiert oder ein Arrest angeordnet ist, ein Recht auf Einsicht in die diese Entscheidung tragenden Aktenbestandteile, vgl. BVerfG StV 1994, 465; EGMR NJW 2002, 2013 (zur Untersuchungshaft); BVerfG NJW 2006, 1048 (zum Arrest). Eine Übertragbarkeit der diesen Entscheidungen zu Grunde liegenden Rechtsgedanken auf die Beschlagnahme soll nach LG Berlin NStZ 2006, 472, nicht geben sein.

die Akte vollständig ist. So wird z.B. gelegentlich der Bundeszentralregisterauszug<sup>13</sup> vorab herausgenommen; häufig ist auch die Durchführung einer Wahllichtbildvorlage in einer gesondert angelegten Lichtbildmappe dokumentiert oder es ergeben sich aus Verfügungen Hinweise auf Beiakten, Sonderbände etc, die aber nicht beigelegt sind. Auch ist die Folierung zu kontrollieren.<sup>14</sup>

Bei großem Umfang des Verfahrens können die technischen Voraussetzungen des Scannens der Akten genutzt werden, um eine digitale Kopie der Akten, die unproblematischer mit einem Computer bearbeitet werden kann, zu erlangen.

#### a) Aktenstudium

Bei Niederschriften der Vernehmungen von Zeugen, auf deren Glaubwürdigkeit es insbesondere ankommt, ist genau zu prüfen, ob Hinweise auf weitere Vernehmungen oder informelle Vorgespräche mit den Vernehmungsbeamten vorhanden sind, gegebenenfalls ist diesen Hinweisen durch entsprechende Anfragen und Nachforderung von Aktenbestandteilen nachzugehen. Ob allerdings in jedem Fall die Unvollständigkeit der Akte schon in diesem frühen Stadium gerügt und geheilt werden sollte, ist eine taktische Frage, deren Beantwortung naturgemäß noch von einer Reihe weiterer Aspekte abhängt.

#### b) Weitere Aktivitäten nach dem Aktenstudium

Nach dem Aktenstudium schließt sich die Frage nach weiteren Aktivitäten, etwa eigenen Ermittlungen, an. Dies können insbesondere auch Zeugenvernehmungen und Schriftverkehr oder Telefonate mit Sachverständigen sein. Daneben können sich Beweisanregungen empfehlen. Hierbei können auch Probleme, die stets zu bedenken sind, entstehen:

- Möglicherweise wird die Verteidigungsstrategie früh bekannt, was dazu führen kann, dass Belastungszeugen ihre Aussage »anpassen«, sei es, dass sie durch anwaltliche Vertretung Akten-einsicht hatten oder von der Polizei entsprechend befragt werden.

- Außerdem kann dies dazu führen, dass die Polizeiarbeit effektiviert – wird, auch im Sinne eines Schuld- oder Schuldschwerenachweises.

- Auch ist das Problem der psychologischen Wirkung eines misslungenen Entlastungsversuches zu beachten.

Beispielsweise kann das Augenmerk beim Aktenstudium insbesondere auf folgende Ansatzpunkte für die Verteidigung zu richten sein:

- Liegen die Tatbestandsmerkmale der vorgeworfenen Tat vor?<sup>15</sup>

- Liegt ein Versuch oder nur eine strafflose Vorbereitungshandlung vor, ggfs ein Rücktritt vom Versuch?

- Liegt ein benannter/unbenannter minder/besonders schwerer Fall vor?

- Wurde eine Lichtbildvorlage oder Gegenüberstellung ordnungsgemäß durchgeführt?<sup>16</sup>

- Sind die rechtsstaatlichen Anforderungen an Durchsuchungsbeschluss und Beschlagnahmebeschluss eingehalten?<sup>17</sup>

- Wurden bei Vernehmungen Zeugen, Angehörige und sonstige Zeugnisberechtigte ausreichend belehrt und ein etwaiger Übergang von der Zeugen- zur Beschuldigteneigenschaft ausreichend dokumentiert und mit den entsprechenden Belehrungen versehen?<sup>18</sup> Ist bei erkanntem Vorliegen von etwaigen Beweisverwertungsverboten eine spätere weitere oder fortgesetzte Vernehmung mit einer sogenannten »qualifizierten Belehrung« verbunden worden?<sup>19</sup>

- Können Anhaltspunkte für Zweifel an der Glaubwürdigkeit der Belastungszeugen gefunden werden?<sup>20</sup>

#### c) Unterrichtung des Mandanten

Von diesen Tätigkeiten ist der Mandant zu unterrichten. Nachdem er von dem Akteneinsichtsgesuch und von den anderen

ausgehenden Schriftstücken mindestens durch die Übersendung von Abschriften auf dem Laufenden gehalten worden ist, ist es nun, da gewöhnlich doch einige Zeit ins Land gegangen sein dürfte, nötig, den Mandanten persönlich zu informieren. Es ist auch zulässig, dem Mandanten einen kopierten Aktenauszug zum Durchlesen und Durcharbeiten zu geben.<sup>21</sup> Dies kann im Hinblick auf Detailwissen des Mandanten sinnvoll sein; einer Weitergabe an Dritte sollte dann aber durch eine eindringliche Belehrung des Mandanten vorgebeugt werden.

In dem Gespräch sollte auch ein Rahmen dessen, was mit der Verteidigung erreicht werden kann und soll, gesteckt werden. Hierüber sollte sich der Verteidiger also rechtzeitig selbst klar werden. Spätestens jetzt kann auch die Frage danach, ob eine Bestrafung zu erwarten ist, nicht mehr unbeantwortet im Raum stehen bleiben.

#### 3. Eigene Ermittlungen des Verteidigers

Ist der Sachverhalt noch nicht vollständig aufgeklärt oder bedarf es aus Sicht der Verteidigung noch weiterer Ermittlungen, können auch bereits im Ermittlungsverfahren Beweisanträge oder -anregungen gegeben werden. Es ist dem Verteidiger auch unbenommen, eigene Ermittlungen anzustellen, die §§ 222 II, 246 II, III, 364a und 364b StPO setzen dies sogar voraus. Insbesondere die Befragung von Zeugen vor deren Benennung gegenüber der Staatsanwaltschaft gehört zum Handwerkzeug einer sachgerechten Verteidigung. Dennoch ist in der Praxis die Zeugenbefragung in der Kanzlei des Verteidigers noch eher die Ausnahme. Die Nutzung aller zur Verfügung stehenden Möglichkeiten schon im Ermittlungsverfahren gehört aber zu einer engagierten Verteidigung.

#### 4. Definition eines Verteidigungszieles

Bei der Definition eines Verteidigungszieles kann zunächst grob danach unterschieden werden, ob eine Strafmaß- oder Schuldspruchverteidigung angesichts der Sach- und Rechtslage für den Mandanten richtige Weg ist.

##### a) Strafmaß- oder Freispruchverteidigung

Unter einer Strafmaßverteidigung wird verstanden, dass der Mandant den Schuldvorwurf eingesteht und sich die Verteidigungsaktivitäten darauf richten, eine für den Mandanten akzeptable Rechtsfolge zu erreichen. Unter einer Schuldspruch- oder Freispruchverteidigung ist in erster Linie zu verstehen, dass der Mandant die ihm vorgeworfene Tat bestreitet und den »Schuldspruch« angreift. Natürlich sind auch Mischformen denkbar, etwa, wenn statt des eines Deliktes die Verurteilung wegen eines anderen Straftatbestandes mit milderer Rechtsfolge angestrebt wird.

13 BVerfG StV 1983, 137: Verteidiger »auskunftsberechtigte Stelle« im Sinne des BZRG.

14 Damit vermeidet man auch die Probleme, die dann auftauchen, wenn die Folierung durcheinander geraten ist und dies erst nach dem Kopieren in der Kanzlei entdeckt wird.

15 Dies ist zwar eine Selbstverständlichkeit, kann aber nicht oft genug betont werden. Gerade in der Praxis, aber auch in für eine Klausur aufbereiteten Aktenauszügen, wird immer wieder auch zu prüfen sein, ob das vorgeworfene Verhalten überhaupt einen Straftatbestand erfüllt.

16 In Nr. 18 der Richtlinien für das Straf- und Bußgeldverfahren (RiStBV) finden sich Anforderungen an die Durchführung von Gegenüberstellungen und Wahllichtbildvorlagen; grundlegend dazu: Odenthal, NStZ 1985, 433.

17 Vgl. z.B. BVerfG StV 2001, 207 zur Gefahr im Verzug.

18 Meyer-Göfner (Fn. 6) Einl. Rn. 76.

19 Vgl. Meyer-Göfner (Fn. 6) § 136 Rn. 9 und § 136a Rn. 30.

20 Vgl. BGHSt 45, 164 = NStZ 2000, 100 zu den wissenschaftlichen Anforderungen an ein Glaubwürdigkeitsgutachten. Als aussageimmanente so genannte Realkennzeichen gelten: Logische Konsistenz, quantitativer Detailreichtum, raum-zeitliche Verknüpfungen, Schilderung ausgefallener Details und psychischer Vorgänge, Entlastung des Beschuldigten und deliktsspezifische Aussageelemente. Als aussageübergreifendes Kriterium für einen Erlebnisbezug des Geschilderten sind die inhaltliche Konstanz der Aussagen im Hinblick auf Übereinstimmungen, Widersprüche, Ergänzungen und Auslassungen sowie die Aussagegenese und mögliche Motive für eine Falschbelastung zu prüfen.

21 Vgl. BGHSt 29, 99 (102).

### b) Einstellung des Verfahrens

Neben dem Verteidigungsziel, eine Einstellung des Ermittlungsverfahrens mangels hinreichenden Tatverdachts zu erreichen, kommen insbesondere folgende Möglichkeiten in Betracht:

- § 153 StPO: Einstellung wegen Geringfügigkeit; hier ist zu beachten, dass grundsätzlich die Zustimmung des zuständigen Gerichtes erforderlich und nur dann entbehrlich ist, wenn der Vorwurf ein Vergehen betrifft, das nicht mit einer im Mindestmaß erhöhten Strafe bedroht ist (§ 153 I 2 StPO);
- § 153a StPO: Einstellung nach Erfüllung von Auflagen; hier ist ebenfalls die Zustimmung des Gerichtes erforderlich, § 153 I 2 StPO gilt jedoch in den Fällen des § 153a I 2 Nr. 1 bis 5 StPO entsprechend. Vor allem die Nr. 1 (Geldauflage); Nr. 5 (Täter-Opfer-Ausgleich – TOA, vgl. § 46a StGB); Nr. 6 (Aufseminar nach dem Straßenverkehrsgesetz) kommen als Auflagen in Betracht;
- § 153b StPO: Liegen die Voraussetzungen vor, unter denen das Gericht von Strafe absehen könnte, kann die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des Gerichtes auch bei Verbrechen das Verfahren einstellen; praxisrelevant können unter anderem sein:
  - §§ 157, 158 I StGB: Aussagenotstand und Berichtigung einer falschen Angabe;
  - §§ 174 IV, 182 IV StGB: Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen und Jugendlichen, Absehen von Strafe, wenn bei Berücksichtigung des Verhaltens der Person, gegen die sich die Tat richtet, das Unrecht der Tat gering ist;
  - §§ 306, 306a, 306b i.V.m. § 306e I StGB: Tätige Reue bei Brandstiftungsdelikten;
  - §§ 315 VI, 315b V iVm § 320 StGB: Tätige Reue bei gefährlichen Eingriffen in den Bahn-, Schiffs- und Luftverkehr sowie in den Straßenverkehr;
  - § 31 BtMG: Kronzeugenregelung im Betäubungsmittelstrafrecht;
  - § 30a BtMG: Geringe Menge Betäubungsmittel zum Eigenbedarf;
  - § 46a StGB: Täter-Opfer-Ausgleich, Schadenswiedergutmachung, wenn eine Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bis 180 Tagessätze verwirkt ist;
  - aber auch § 60 StGB: Wenn die Folgen der Tat, die den Täter getroffen haben, so schwer sind, dass die Verhängung einer Strafe offensichtlich verfehlt wäre;
- § 154 StPO: Einstellung bei »Mehrfachtätern«, wenn gegen den Täter mehrere Verfahren anhängig sind oder waren;
- § 154b StPO: Einstellung bei Auslieferung an eine ausländische Regierung und Ausweisung aus dem Geltungsbereich der Strafprozessordnung;
- § 154d StPO: Einstellung, wenn die Erhebung der öffentlichen Klage wegen eines Vergehens von der Beurteilung einer Frage abhängt, die nach Bürgerlichem Recht oder Verwaltungsrecht zu entscheiden ist.

Die oben genannten Verfahrensbeendigungen setzen grundsätzlich ein Geständnis nicht voraus.<sup>22</sup>

### c) Strafbefehl

In Fällen der mittleren Kriminalität oder bei bereits vorbestraften Mandanten wird eine Einstellung nicht immer zu erreichen sein. Weitergehende Gespräche mit dem Mandanten können zum Ergebnis haben, dass dieser sich, sei es aufgrund der insoweit eindeutigen Aktenlage oder aufgrund echter Einsicht mit einer Bestrafung abfinden könnte. Verteidigungsziel kann dennoch weiter die Vermeidung einer Hauptverhandlung sein. Das Beratungsgespräch hat dann die Rechtsfolge »Strafbefehl« zum Inhalt. Dieser kann Rechtsfolgen von einer Verwarnung mit Strafvorbehalt (§ 59 StGB) bis zu einer Geldstrafe bis zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wird, zum Inhalt haben (§ 407 II StPO). Die Beratung

muss sich dementsprechend auf die angestrebte Rechtsfolge beziehen.

### d) Strafhöhe und Beratungsbedarf

Hierfür ist nun folgendes zu bedenken: Zunächst ist zu prüfen, ob die Schuldschwere noch eine Geldstrafe bis einschließlich 90 Tagessätze möglich erscheinen lässt. Nach § 32 II Nr. 5a BZRG werden Geldstrafen erst ab 91 Tagessätzen in das Führungszeugnis aufgenommen.<sup>23</sup>

Falls diese Grenze angesichts des in Rede stehenden Delikts nicht in Betracht kommt, kann die Vermeidung einer Freiheitsstrafe als Ziel angestrebt werden. Für Beamte stellt eine Freiheitsstrafe von einem Jahr eine entscheidende Grenze dar. Im Falle einer Verurteilung zu einem Jahr Freiheitsstrafe wegen einer vorsätzlichen Tat verlieren Beamte ihre Rechte aus dem Beamtenverhältnis (§ 48 S. 1 Nr. 1 BBG). Das außer Acht Lassen insbesondere dieser Grenze bei der Beratung stellt einen Verstoß gegen anwaltliche Sorgfaltspflichten dar, der auch haftungsrechtliche Konsequenzen haben kann.

### 5. Erreichen des Verteidigungsziels

Kann anhand der Akteneinsicht und des Mandantengesprächs von einem im Wesentlichen geklärten Sachverhalt ausgegangen werden, sollte in einer schriftlichen Stellungnahme gegenüber der Staatsanwaltschaft<sup>24</sup> auf die angestrebte Verfahrensbeendigung hingewirkt werden. Sofern dies sachgerecht und für die Erreichung des angestrebten Ziels notwendig ist, kann auch ein schriftliches Geständnis<sup>25</sup> abgelegt werden.

Wird der Schuldvorwurf bestritten, kommt eine Sachverhaltsdarstellung in einem Verteidigerschreiben nur ausnahmsweise in Betracht, da grundsätzlich in diesen Fällen zu Schweigen zu raten ist.

### B. MANDANT IN HAFT

Eine andere Ausgangslage als bei dem oben unter A. geschilderten ersten Gespräch mit dem Mandanten liegt vor, wenn der Mandant inhaftiert ist.

Zunächst ist danach zu differenzieren, ob sich der Mandant (bereits) in Untersuchungshaft befindet oder ob nur der Fall einer vorläufigen Festnahme vorliegt.

#### I. Vorläufige Festnahme

Bei einer vorläufigen Festnahme wird zumeist der Mandant von der Polizei oder direkt aus dem Vorführtermin bei Gericht anrufen. Beispielhaft bezieht sich die nachfolgende Darstellung auf die erforderliche Vorgehensweise bei einem Anruf des zukünftigen Mandanten von der Polizei.<sup>26</sup>

Ruft also der Beschuldigte an und fragt bezüglich seiner Situation um Rat, sollte man sich zunächst vorstellen und auf die genaue Nachfrage nach dem Namen und Alter<sup>27</sup> beschränken.<sup>28</sup> Alle weiteren Fragen zu diesem Zeitpunkt können als schon problematisch angesehen werden, z.B. diejenige nach dem Tatvorwurf, weil nicht auszuschließen ist, dass nun blumige Aus-

22 Ausnahme TOA: Für Gewaltdelikte hat der BGH StraFo 2003, 248, die Notwendigkeit eines Geständnisses statuiert (in BGH StV 2002, 649 wurde ein Geständnis demgegenüber in einem Fall der gefährlichen Körperverletzung nicht für notwendig erachtet).

23 Hier ist zu beachten, dass dies nur für bislang Unvorbestrafte gilt, vgl. § 32 II 5b 2. Hs. BZRG.

24 Gelegentlich findet sich hierfür die Bezeichnung »Verteidigungsschrift«, der Ausdruck »Schutzschrift« sollte jedenfalls vermieden werden.

25 Hier sollte der despektierliche Begriff »Einlassung« vermieden werden.

26 Natürlich kann es auch so sein, dass ein Anruf von dem ermittelnden Polizeibeamten im Auftrag des Mandanten erfolgt.

27 Hierdurch lässt sich vorab klären, ob man es mit einem Jugendlichen oder Heranwachsenden zu tun hat.

28 Man erfährt nun, ob die Verständigung nur mittels eines Dolmetschers möglich ist und hat die Entscheidung zu treffen, ob angesichts bestimmter Erfahrungen mit der konkreten Person des von der Polizei eingeschalteten Dolmetschers besser ein eigener hinzugezogen wird.

führungen zur Sache gemacht werden und der ermittelnde Polizeibeamte sich in unmittelbarer Nähe befindet.

Es sollte dem Mandanten gesagt werden, dass man kurz mit dem Beamten reden möchte, aber das Gespräch gleich auch mit ihm, dem Mandanten, fortsetzen wird.

Auch das Gespräch mit dem Ermittlungsbeamten beginnt selbstverständlich mit der gegenseitigen Vorstellung, wobei der Name des Gegenübers ebenso wie alles Weitere sorgfältig notiert werden sollte.

Es ist nun der genaue Tatvorwurf zu erfragen<sup>29</sup> und danach, ob sich der Mandant bereits geäußert hat. Dem Polizeibeamten ist dann mitzuteilen, dass dem Mandanten nunmehr der Rat gegeben wird, keine (weiteren) Angaben zur Sache zu machen und es ist zu fragen, ob der zuständige Staatsanwalt bekannt ist. Es ist kein Fall denkbar, in dem an dieser Stelle nicht gesagt werden sollte, dass man sich nunmehr sofort auf den Weg zum Vernehmungsort macht und davon ausgegangen wird, dass von weiteren Vernehmungsversuchen abgesehen und das Eintreffen des Anwalts abgewartet wird.<sup>30</sup>

Man sollte auch darauf hinweisen, dass man sich einen Vermerk über die genaue Uhrzeit dieses Telefonats fertigen wird.

Sodann ist darum zu bitten, noch einmal mit dem Mandanten sprechen zu dürfen. Diesem ist der Rat zu geben, keine (weiteren) Angaben zu machen und das Eintreffen des Anwalts abzuwarten. Der Mandant ist vorsichtshalber darauf hinweisen, dass er überhaupt keine Angaben zu machen braucht, also auch nicht zu seiner Person nach § 111 OWiG, selbst wenn er darauf hingewiesen werden sollte. Er soll zunächst vollständig schweigen.

Bei schwereren Delikten ist der Polizeibeamte zu fragen, ob eine erkennungsdienstliche Behandlung gem. § 81b StPO oder eine körperliche Untersuchung gem. § 81a StPO (Mord- und Totschlagsfälle) unmittelbar bevorsteht. In diesen Fällen (Mordkommission) sind die meist erfahrenen Beamten bereit, auch hiermit auf den Anwalt zu warten. Eine Verpflichtung hierzu besteht jedoch nicht. Dem Anwalt steht nämlich bei diesen Maßnahmen kein Anwesenheitsrecht zu. Der Mandant ist darauf hinzuweisen, was mit ihm geschieht und dass er auch bei diesen polizeilichen Maßnahmen keine (spontanen) Äußerungen von sich geben soll.

## II. Mandatierung durch Dritte

Bei Mandatierung durch Dritte kann es schwierig sein, bis zum Festgenommenen vorzudringen. Es werden Ausflüchte vorgetragen, z.B., dass der »zuständige Beamte zur Zeit nicht erreichbar« sei, dass ein »Rückruf zugesichert« werde, dass »rückgefragt werden müsse«, man »später noch einmal anrufen« solle.<sup>31</sup>

### 1. Kontakt zum Mandanten

In derartigen Fällen sollte zunächst der die Ermittlungen leitende Beamte verlangt, bzw. mindestens dessen Namen erfragt werden sowie der Name des Gesprächspartners. Es kann dann nur mitgeteilt werden, man gehe davon aus, dass zur Zeit eine Vernehmung stattfindet und man verlange, dass ein Vermerk über den Umstand und die Uhrzeit des Telefonats und der Verteidigermeldung gefertigt und sofort in das Vernehmungszimmer gebracht werde. Bei Zweifeln an der diesbezüglichen Integrität des Gesprächspartners bleibt allein die Möglichkeit, ein Fax zu schicken. Dieses sollte die Aufforderung enthalten, eine etwa gegenwärtig andauernde Beschuldigtenvernehmung sofort zu unterbrechen und dem Tatverdächtigen ein Telefonat mit dem Absender zu ermöglichen.<sup>32</sup>

Es empfiehlt sich, die in diesem Zusammenhang erforderlichen Vorgänge und Erklärungen zu dokumentieren, um eine spätere Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Vernehmung des Beschuldigten ohne Mitwirkung eines Verteidigers zu ermöglichen.<sup>33</sup>

Spätestens bei Ankunft auf der Polizeidienststelle, aber auch schon am Telefon, ist mit der Frage nach dem Auftraggeber für das eigene Tätigwerden zu rechnen. Man sollte unter Hinweis auf die anwaltliche Verpflichtung zur Verschwiegenheit versichern, man sei um eine Mandatsübernahme gebeten worden.<sup>34</sup>

Gelegentlich wird folgende Auskunft erteilt: »Der Festgenommene will keinen Anwalt«. Notfalls sollte dann wiederum mit Hinweis auf die vermerkte Uhrzeit und den Namen des Gegenübers darauf gedrängt werden, dass dem Beschuldigten (nochmals) mitgeteilt wird, ein Anwalt habe sich für ihn gemeldet und darum gebeten werden, der Beschuldigte möge einem seine diesbezügliche Entscheidung selbst mitteilen. Dies gilt auch für alle anderen möglichen Einwände der Polizeibeamten, etwa, es sei »bereits ein bestimmter anderer Anwalt angerufen« worden, der auch demnächst kommen wolle. Da der Beschuldigte mehrere Anwälte<sup>35</sup> haben kann, verhindert im übrigen auch dies nicht die Kontaktaufnahme.

Der Zugang zum Anbahnungsgespräch ist nicht davon abhängig, dass schon eine schriftliche Verteidigervollmacht vorliegt.

### 2. Erstes Gespräch und weiteres Vorgehen

Sind alle Hürden genommen und darf nicht nur ein Mandatsanbahnungsgespräch, sondern nach einer Eröffnung des – aussagekräftigen, eine Verteidigung ermöglichenden – Tatvorwurfs ein unbewachtes Gespräch mit dem Mandanten geführt werden. Es ist zu entscheiden, wie weiter verfahren wird, insbesondere, ob dem Drängen der Polizei auf eine Aussage nachgegeben wird.

Hier gilt wiederum zunächst die Regel, dass fast immer zum Schweigen zu raten ist und zu Aussagen allenfalls bei Konfliktsituation/Affekt und einer Notwehrbehauptung zu raten sein kann.

Unter diesen beiden genannten Aspekten ist sorgfältig zu prüfen, inwieweit nicht die entsprechenden Umstände auch durch späteres Verteidigerhandeln, etwa Ermittlungsanregungen, in das Verfahren eingeführt werden können.

Allenfalls äußerst selten dürfte ein fester Geständniswille als autonome und bewußte Gewissensentscheidung des Mandanten, um »mit sich und seiner Tat ins Reine zu kommen«, in Betracht kommen.

Kein ausreichendes Motiv für eine Aussage in diesem sehr frühen Stadium sind die Angebote von Strafmilderungsmöglichkeiten und Zusagen der Polizeibeamten bezüglich einer alsbaldigen Freilassung, jedenfalls solange hierüber nicht auch eine Übereinkunft mit der Staatsanwaltschaft getroffen wurde.

Eine überflüssige Diskussion ist die über das Teilnahmerecht des Anwalts am polizeilichen Verhör. Hinsichtlich der polizeilichen Vernehmung besteht keine eindeutige gesetzliche Anwesenheitsregelung (anders bei der Vernehmung des Beschuldigten durch den Staatsanwalt oder Richter, §§ 163a III, 168c I StPO), also auch kein Rechtsanspruch. Um eine mögliche Diskussion

<sup>29</sup> Vgl. oben.

<sup>30</sup> Den Anwalt trifft wegen BGHSt 42, 170, eine besondere Verantwortung: »Ist der Beschuldigte bei der ersten polizeilichen Vernehmung über seine Aussagefreiheit und sein Recht auf Zuziehung eines Verteidigers belehrt worden, so dürfen Angaben, die er in freier Entscheidung ohne Beistand eines Verteidigers macht, auch dann entgegengenommen und verwertet werden, wenn er zunächst die Zuziehung eines Verteidigers gewünscht hat.«

<sup>31</sup> Instrukтив hierzu: *Stern* Verteidigung in Mord- und Totschlagsverfahren – Praxis der Strafverteidigung, 2. Aufl. 2005.

<sup>32</sup> Vgl. BGHSt 42, 15: Verlangt der Beschuldigte bei einer polizeilichen Vernehmung nach einem Verteidiger und will der Polizeibeamte die Vernehmung fortsetzen, so ist dies ohne vorangegangene Konsultation eines Verteidigers nur zulässig, wenn sich der Beschuldigte ausdrücklich nach erneutem Hinweis auf sein Recht auf Zuziehung eines Verteidigers mit der Fortsetzung der Vernehmung einverstanden erklärt. Dem müssen allerdings ernsthafte Bemühungen des Polizeibeamten vorausgegangen sein, dem Beschuldigten bei der Herstellung des Kontakts zu einem Verteidiger in effektiver Weise zu helfen.

<sup>33</sup> Vgl. BGHSt 38, 214 (224).

<sup>34</sup> Bezüglich der Eltern und der gesetzlichen Vertreter gilt § 137 II StPO.

<sup>35</sup> Die Zahl der gewählten Verteidiger darf drei nicht übersteigen, § 137 I 2 StPO.

hier abzukürzen, kann darauf hingewiesen werden, dass der Mandant keine Aussagen ohne seinen Anwalt macht.

Steht eine Vorführung vor den Haftrichter an, ergibt sich die Notwendigkeit von Terminabsprachen. Hierfür ist es erforderlich, den (Bereitschafts-) Haftrichter und -Staatsanwalt telefonisch erreichen zu können.

Da sich in diesem Termin das Schicksal des Mandanten, ggfs. auch seiner Familie und nicht selten auch des weiteren Verfahrens entscheidet, kann davon ausgegangen werden, dass Referendare nicht allein mit der Vertretung im Vorführtermin betraut werden. Für die Verteidigung im Vorführtermin kann daher auf die einschlägige Literatur verwiesen werden.<sup>36</sup>

In den anderen Fällen ist die Entlassung des Mandanten zu begleiten. Möglicherweise empfiehlt sich der Hinweis auf kriminaltaktische Kunstgriffe wie die Observation, Telefonüberwachung oder einen Lauschangriff. Auch ist über die Haftgründe und deren Voraussetzungen, die es auch im Weiteren zu vermeiden gilt, ausführlich aufzuklären.

### III. Untersuchungshaft

Befindet sich der Mandant bereits in einer Untersuchungshaftanstalt und soll nun schnellstmöglich ein Verteidigerbesuch stattfinden, ist Folgendes zusätzlich zu bedenken:

Trotz des grundsätzlichen Rechts des Beschuldigten, sich in jeder Lage des Verfahrens eines Beistands seines Vertrauens zu

bedienen, ist es, solange eine schriftliche Vollmacht (noch) nicht vorliegt, sinnvoll, zunächst eine Erlaubnis der Stelle, die die Haftkontrolle führt<sup>37</sup>, einzuholen, um ein unbewachtes Mandatsanbahnungsgespräch zu führen.

Es ist außerdem sinnvoll, für die Angehörigen des Mandanten ein Merkblatt bereit zu halten, aus dem sich die Einschränkungen und Besonderheiten im Verkehr mit dem Inhaftierten ergeben.<sup>38</sup>

In den Fällen der Inhaftierung kann es inzwischen als gesicherte Rechtsprechung angesehen werden, dass beschleunigte Akteneinsicht zu gewähren ist.<sup>39</sup> Auch müssen nach § 115 III StPO dem Beschuldigten in Fällen der Untersuchungshaft die ihn belastenden – und einen Haftbefehl tragenden – Umstände mitgeteilt werden.

Selbstverständlich konzentriert sich die Problematik in den Fällen der Haft stark auf die Frage, wann, wie schnell und wodurch eine Haftentlassung zu erreichen ist. Die hierzu erforderlichen Überlegungen im Hinblick auf eine Haftprüfung oder Haftbeschwerde werden im Zweiten Teil ausführlicher dargestellt.

36 Sehr instruktiv hierzu: *Schlothauer/Weider* Untersuchungshaft – Praxis der Strafverteidigung, 3. Aufl. 2001.

37 Vgl. §§ 119 IV, 126 I StPO und § 72 VI JGG.

38 In vielen Justizvollzugsanstalten werden Merkblätter für Angehörige ausgegeben, die auf die Situation der Untersuchungshaft eingehen.

39 Grundlegend BGH StV 94, 465.

Regierungsrat Anton Meyer, München\*

### »Kleiner Grenzverkehr«

THEMATIK: Bayerisches Verfassungs- und Verfassungsprozessrecht  
 SCHWIERIGKEITSGRAD: Hoch  
 BEARBEITUNGSZEIT: 5 Stunden

Auszug aus den Akten des Bayer. Verfassungsgerichtshofes, Az. Vf. 13-VII-05

Rechtsanwalt  
 Uwe Buchner  
 Maximilianstr. 49  
 83022 Rosenheim

München, den 2.12.2005

An den  
 Bayer. Verfassungsgerichtshof  
 80097 München

Bayer. Verfassungsgerichtshof  
 Eingang: 6.12.2005

Hiermit erhebe ich namens und im Auftrag meines Mandanten, Herrn Gunnar Moser, Residenzplatz 7, A-5344 Kufstein, Österreich – Antragsteller –  
 Klage  
 gegen den Freistaat Bayern – Antragsgegner –  
 und beantrage zu erkennen wie folgt:

1. Art. 75 I 2 und Art. 88a des Bayerischen Gesetzes über das Erziehungs- und Unterrichtswesen (BayEUG) sind nichtig.
2. Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens

Zur Begründung ist auszuführen:

Mein Mandant ist am 14.8.1987 geboren, deutscher Staatsangehöriger und Schüler der Jahrgangsstufe 12 des Staatlichen Franke-Gymnasiums in Raubling im Landkreis Rosenheim. Er wohnt zusammen mit seinen Eltern in der bayerisch-österreichischen Grenzstadt Kufstein.

\* Der Autor ist Referent bei der Regierung von Oberbayern, Luftamt Südbayern.