



FERNER & KOLLEGEN

Der Rechtsanwalt als Strafverteidiger

Anmerkungen zum Gebührenrecht

Rechtsanwalt Wolfgang Ferner, Koblenz
wferner@ferner.de

Rommersheim/Koblenz November 2011
V 2.60

Das Manuskript wird regelmäßig aktualisiert. Neuere Versionen finden Sie unter den Webseiten www.ferner.de (Beiträge)

Inhalt

1.1	Die Erwartungen des Mandanten	5
1.2	Verteidigungsziel, -strategie und -taktik.....	5
2	Das „Organ der Rechtspflege“	6
3	Berufsrecht.....	8
3.1	Beispiel Verkehrsunfall.....	9
3.2	Sternsozietät	10
3.3	Einholung von Aktenauszügen für die gegnerische Versicherung.	10
3.4	§ 43a BRAO.....	12
3.4.1	Prozessuale Situation nach ZPO.....	12
3.4.2	Vertretung von Beschuldigtem und Zeuge.....	12
3.4.3	Besonderheit Scheidungsrecht.....	13
3.5	Organisation.....	14
3.5.1	Beauftragung durch Dritte	15
3.5.2	Besonderheiten bei inhaftierten Mandanten:	15
3.5.3	Korrespondenz mit Rechtsschutzversicherungen.....	15
3.5.4	Fragenkatalog Bußgeldverfahren und Strafsachen	16
3.5.5	Gedanken zur Beweissicherung.....	19
4	Die Strafbarkeit des Strafverteidigers	20
4.1	Geldwäsche durch den Verteidiger, § 261 StGB	20
4.2	Gefahr der Strafvereitelung, § 258 StGB.....	21
4.3	Anstiftung zu Aussagedelikten und Beihilfe	21
4.4	Parteiverrat, § 356 StGB	22
4.5	Beleidigung	23
5	Die Stellung des Verteidiger.....	23
5.1	Information	23
5.2	Wahrheitspflicht.....	24
5.3	Absprachen.....	25
5.4	Vertretung	25
5.5	Der Vorsitzende und der Verteidiger (§§ 176 bis 178 GVG)	26
5.6	Ausschließung des Verteidigers 131a StPO.....	26
6	Rechtsanwaltsvergütung.....	27

6.1	Kostenerstattung	27
6.2	Ausnahme von Kostenerstattung:.....	28
6.3	Rechtmittel	28
6.4	Besonderheit:	28
6.5	Die Entscheidung in der Hauptsache ist unanfechtbar	28
6.6	Exkurs: Erstattung der Auslagen des Angeklagten und die Aufrechnung mit Forderungen der Staatskasse.....	29
6.7	Kostenausgleich.....	29
6.8	Festsetzung nach § 11 RVG	30
6.9	Der Anspruch des Pflichtverteidigers § 55 RVG	30
6.10	Die Höhe der Vergütung.....	31
6.10.1	Wahlverteidiger	31
6.10.2	Der Pflichtverteidiger	32
6.10.3	Mittelgebühr	32
6.10.4	Gebühren des Beistandes	32
6.10.5	Verteidigung in eigener Sache	32
6.11	Die Gebührentatbestände	33
6.11.1	Die Grundgebühr (VV 4100).....	33
6.11.2	Die Verfahrensgebühr (VV 4102)	33
6.11.3	Terminsgebühr	33
6.11.4	Befriedungsgebühr	34
6.11.5	Gebühren für die Berufung oder Revision:	34
6.11.6	Wiederaufnahme.....	34
6.11.7	Gesonderte Gebühr	35
6.12	Aktenversendungspauschale	35
6.13	Exkurs: Zeugengebühren	36
7	Die zivilrechtliche Haftung des Verteidigers.....	36
7.1	Rechtsgrundlage	37
7.2	Die Pflichten des Verteidigers	37
7.3	Verletzung der allgemeinen Sorgfaltspflichten.....	39
7.4	Zusammenfassung der Pflichten des Verteidigers.....	39
7.5	Verurteilung kein Indiz.....	42
7.6	Rechtswidrigkeit und Verschulden.....	42
7.7	Kausalität	42

7.8	Beweislastumkehr	42
7.9	Schaden.....	43
7.10	Dritthaftung	43
7.11	Amtshaftung und Ansprüche gegen den Verteidiger	45
7.12	Entlastung durch das Bundesverfassungsgericht	45
7.13	Mangelhafte Verteidigung - Einzelfälle:	46
7.13.1	Einspruch nach Strafbefehl,	46
7.13.2	Fehlerhafte Revisionsbegründung.....	46
7.13.3	Beamtenrecht,.....	46
7.13.4	Haft durch Anwaltsfehler verursacht.....	46

Das Mandat in Strafsachen

1.1 Die Erwartungen des Mandanten

Die Mandatsannahme ist geprägt von den Erwartungen des Mandanten, den Erfahrungen des Anwaltes, der Organisation seines Büros sowie der zahlreiche Vorschriften des Berufsrechts und gelegentlich auch der strafrechtlichen Grenzen, die der Verteidiger beachten muss.

„Pauken Sie mich raus“ ist noch die einfachste Aufforderung; Mandanten erwarten aber häufig, dass wir Tricks drauf haben, Kniffe kennen, die auch in scheinbar aussichtslosen Lagen eine Lösung bieten. Dass wir eine Einlassung vorbereiten, die hilfreich ist und auf Zeugen einwirken, dass diese günstig aussagen, ist zwar nicht immer die Erwartung, aber gleichwohl müssen wir auf solche Forderungen vorbereitet sein. Manchmal wollen unsere Mandanten auch, dass wir die von ihnen gestellten Zeugen auf eine Aussage vorbereiten und diesen Zeugen zu Glaubwürdigkeit verhelfen. Auch Manipulationen der Akten oder Hinauszögern der Verfahren wird an uns herangetragen.

Auf diese Erwartungen muss sich der Anwalt einstellen. Schnelles Handeln ist für Strafverfahren oft von besonderer Bedeutung, aber auch die Einbeziehung des Mandanten, die regelmäßige Information des Mandanten. Der Mandant will in allen Fällen wissen, dass wir etwas machen, was wir machen und wie die allgemeinen Verfahrensabläufe sind. Eine Mandatsbestätigung ist daher wichtig, aber auch eine Aufklärung über den Gang des Verfahrens und eine ehrliche Einschätzung unserer Handlungsmöglichkeiten.

1.2 Verteidigungsziel, -strategie und -taktik

Wichtig ist daher, dass der Verteidiger und der Mandant ein gemeinsames Ziel erarbeiten. Über dieses Ziel, das gemeinsam erarbeitet werden muss, hat Einigkeit zu bestehen – da ist auch Ehrlichkeit vom Verteidiger gefragt. Dieses Verteidigungsziel ist natürlich nicht statisch, sondern es muss dem jeweiligen Verfahrensstand und Erkenntnisstand angepasst werden. In allen Verfahren von besonderer Bedeutung ist auch die Erarbeitung einer Verfahrens- und Verteidigungsstrategie, die in den einzelnen Verfahren umgesetzt werden muss:

- Ist die Fahrerlaubnis entzogen, kann es von Bedeutung für den Mandanten sein, dass Verfahren zu beschleunigen, um möglichst schnell eine rechtskräftige Entscheidung zu erhalten
- in anderen Fällen kann es aber auch von taktisch klug sein, den Gang des Verfahrens zu verlangsamen, da sich eine Zeitverzögerung auf das Strafmaß auswirken kann oder erreicht

werden soll, dass Registereintragungen gelöscht sind, wenn es zur Hauptverhandlung kommt

- im Arztstrafrecht kann es wichtig sein, wenn der Verlust der Approbation droht, dass das Verfahren lange dauert, um eine Einnahmemöglichkeit nutzen zu können oder die Zeit benötigt wird, um ein Medizinisches Versorgungszentrum zu gründen.

Die Verteidigungsstrategie leitet sich aus dem Verteidigungsziel ab – hier ist die Expertise des Verteidigers gefragt. Er muss erkennen auf welchem Weg, das Verteidigungsziel erreicht werden kann. Aus dieser professionellen Herausforderung heraus ergibt sich auch, dass die Strategie alleine vom Verteidiger erarbeitet werden muss und hieraus auch die Taktik der Verteidigung bestimmt wird. Es ist ein Fehler, wenn der Verteidiger sich von seinem Mandanten die Verteidigungsstrategie oder gar die Taktik des Agierens aufdrängen lässt – dann wird der Verteidiger seiner Aufgabe als professioneller Berater nicht gerecht.

Das Problem der Mandantenerwartung kann jedoch sein, dass der Mandant von Tricks und Kniffs der Anwälte gehört hat (oder im Fernsehen gesehen hat) und Ansinnen vorbringt, die den Anwalt jedenfalls in die Gefahr einer Strafvereitelung bringen können, wie wir das z.B. in Trunkenheitsfällen erleben. Wichtig ist es daher, die Mandanten vollständig, nicht nur mündlich sondern auch schriftlich über den Gang des Verfahrens, eigene Beteiligung- und Mitwirkungsmöglichkeiten zu informieren,¹ aber auch die Grenzen anwaltlicher Tätigkeit klarzumachen.

2 Das „Organ der Rechtspflege“

Der Strafverteidiger musste seine Position oft durch alle Instanzen erkämpfen: Gegen die berufsrechtliche Vertretung, gegen die Anwaltsgerichte und den Bundesgerichtshof half oft nur das Bundesverfassungsgericht. So heißt es wörtlich:

„... anwaltliche Berufsausübung (unterliegt) grundsätzlich der freien und unreglementierten Selbstbestimmung des Einzelnen. Als unabhängiges Organ der Rechtspflege und als der berufene Berater und Vertreter der Rechtssuchenden hat er die Aufgabe zum Finden einer sachgerechten Entscheidung beizutragen, das Gericht vor Fehlentscheidungen zu Lasten seines Mandanten zu bewahren und diesen vor verfassungswidriger Beeinträchtigung oder staatlicher Machtüberschreitung zu sichern; insbesondere soll er die rechtsunkundige Partei vor der Gefahr des Rechtsverlustes schützen.“²

¹ Muster etwa bei Himmelreichbücken Formularbuch des Verkehrsstrafrechts 4. Auflage 2003; Stegmann/Meth-Kolbe Formularbuch Verkehrsunfall 3. Auflage 2002

² BVerfGE 76, 171

Für die Position des Anwaltes ist es maßgeblich die in Artikel 12 Abs. 1 GG geschützte berufliche Freiheit, dessen Kernbereich nicht durch berufsrechtliche Regelungen eingeschränkt werden kann. Die Freie Advokatur ist frei von staatlicher Reglementierung.

Zu den Aufgaben des Anwaltes heißt es:

„Die Wahrnehmung dieser Aufgaben erlaubt es dem Anwalt ... nicht immer so schonend mit dem Verfahrensbeteiligten umzugehen, dass diese sich nicht in ihrer Persönlichkeit beeinträchtigt fühlen. Nach allgemeiner Auffassung darf er im Kampf um das Recht auch starke, eindringliche Ausdrücke und sinnfällige Schlagworte benutzen. .. Die Grenze einer zumutbaren Beschränkung der Berufsausübung und der Meinungsfreiheit wird insbesondere überschritten, wenn Kammervorstände oder Ehrengerichte das Verhalten eines Anwaltes als standeswidrig mit der Begründung beanstanden, es wird von anderen Verfahrensbeteiligten als stilwidrig, ungehörig oder als Verstoß gegen den guten Ton empfunden. Auch das Taktgefühl anderer Anwälte oder der Gedanke, das Verhalten sei dem Ansehen des Anwaltsstandes abträglich kann nicht Maßstab der Beurteilung der Kammer sein. ... Anwaltsgerichtliche Maßnahmen sind zulässig, soweit es sich um strafbare Beleidigungen, die bewusste Verbreitung von Unwahrheiten oder solche neben der Sache liegenden herabsetzenden Äußerungen und Verhaltensweisen handelt, zu denen andere Beteiligte kein Anlass gegeben haben. ...“

Die Gerichte sind es zum Teil deutlich strenger oder bedienen sich einer anderen Sichtweise. So heißt es beim BGH:

„Der Verteidiger ist ein selbstständiges, dem Gericht und der Staatsanwaltschaft gleich geordnetes Organ der Rechtspflege. In seiner Beistandsfunktion darf es sich nur prozessual und standesrechtlich erlaubter Mittel bedienen, ein Recht zu Lüge hat er ebenso wenig wie ein Recht zur Beratung bei der Lüge. Insbesondere ist es ihm untersagt, durch aktive Verdunklung und Verzerrung des Sachverhaltes die Wahrheitsforschung zu erschweren oder Beweisquellen zu verfälschen.“³

Andere Gerichte sehen gar eine Verpflichtung zur Förderung des Strafverfahrens.

In der Literatur wird teilweise die Organstellung sehr ausgedehnt, so spricht Roxin von der Wahrnehmung einer öffentlichen Funktion. Seit den

³ BGH, Urteil vom 26.11.1998, Strafverteidiger 1999, 153

80-er Jahren wird mehr die soziale Position in den Vordergrund gestellt, der ehemalige Verfassungsrichter Hassemer geht davon aus, dass ein Verteidiger einen besonderen professionellen Beistand leistet, der der Qualifikation des Richters und des Staatsanwaltes formell gleich gestellt sei. Allerdings ist die Tätigkeit des Verteidigers nicht nur im Interesse des Beschuldigten, sondern wird zugleich im öffentlichen Interesse ausgeübt und deshalb ist er im Verfahren mit besonderen Garantien ausgestattet. Lüdderssen geht daher mehr von einer Vertragstheorie aus, die aus Sicht des Beschuldigten gesetzlich garantiert ist (§ 137 Abs. 1 StPO). Durch den Verteidiger wird der Beschuldigte Subjekt des Strafverfahrens. Der Verteidiger wird aufgrund eines Vertrages im Sinne des BGB tätig.

Dies wird nach Auffassung Köllners gestützt durch die MRK, die eine öffentliche Verantwortung des Verteidigers nicht kennt. Dementsprechend hat der Europäische Gerichtshof in der ARTICO Entscheidung festgestellt, dass die Rechte aus der europäischen Menschenrechtskonvention (Artikel 6 Abs. 3c) nur gewährleistet werden, wenn eine wirksame Strafverteidigung stattfindet.⁴

Mit der ohne gesetzliche Grundlage von Gerichten geforderten Nachweis einer Konnexität zwischen Beweisantrag, zu erwartendem Beweisergebnis, Bekanntgabe der Quelle des Wissens des Verteidigers und Diskussion der Relevanz des Beweisantrages wird einseitig im Sinne einer Verpflichtung zur Unterstützung der gerichtlichen Aufklärungspflicht, zur Wahrheitserforschung für den Verteidiger eingeführt; der Beweisantrag wird damit nicht mehr autonomes Verteidigerrecht.⁵ Nicht anzuerkennen sind Mitwirkungspflichten des Verteidigers an geordneten Ablauf des Verfahrens, jedenfalls dann, wenn sie zur Lasten wirksamer (vertraglicher) Pflichten gegenüber dem Mandanten gehen. Eine spezifische Garantienstellung für Wahrheit, Gerechtigkeit oder Effektivität des Strafprozesses kann aus dem Wesen der Verteidigung nicht herausgelesen werden.

3 Berufsrecht

Strafverteidigung ist natürlich auch ein Geschäftsmodell! Der Verteidiger ist darauf angewiesen ausreichend Aufträge zu erhalten, die den Betrieb eines Verteidigerbüros ermöglichen, er muss mit dem Büro ausreichend Überschuss, um seinen Lebensunterhalt zu finanzieren und seine sonstigen Bedürfnisse zu befriedigen. Seine Angebote müssen daher potentiellen Kunden bekannt sein und ein Marktbedürfnis treffen und befriedigen. Marketing ist daher notwendig und eine Orientierung an der Nachfrage des Marktes. Allerdings ist der Markt reguliert durch Gesetze und berufsrechtliche Regeln – der Strafverteidiger wird seine Aufgaben

⁴ EuGH, EuGRZ 1980, 662

⁵ Jahn, Strafverteidiger 2009, 663

auch mit Überzeugung erledigen wollen, hoffentlich über das rein Materielle hinaus auch noch für mehr stehen wollen. Bei der weiteren Beurteilung der Arbeit als Verteidiger sind daher vier Ebenen wichtig:

- Die Ebene der **Strafgesetze** – hier wollen wir sicher nicht mit diesen Gesetzen in Konflikt kommen
- Die Ebene des **Berufsrechts** – im Berufsrecht gibt es immer wieder Steine, die wir aus dem Weg räumen müssen, um den Interessen des Mandanten gerecht werden zu können, es gibt graue Bereiche. Aber im Grundsatz wollen wir auch mit den berufsrechtlichen Grundsätzen nicht in Konflikt kommen.
- Die Ebene des Marketings. Wir wollen etwas erreichen: für unsere Mandanten und uns. Dies erfordert Engagement in verschiedenen Gebieten. Wir müssen unsere Fähigkeiten und Erfolge bekannt machen, wir müssen auf Nachfragen des Marktes reagieren. Dabei können die Interessen des Marketings allerdings gelegentlich mit Strafgesetzen oder berufsrechtlichen Regeln kollidieren.
- Die „**Spiegel**“-Ebene: wir müssen mit unserem Handeln natürlich auch leben. Unsere Arbeit muss nicht nur finanziell erfolgreich sein, wir müssen uns als Verteidiger für unsere Aktionen vor uns selbst verantworten können.

In Strafsachen besteht nicht selten die Gefahr eines Verstoßes gegen die Grundpflichten des Rechtsanwaltes, so zum Beispiel die Gefahr von Doppelmandaten gemäß § 43a BRAO. Ein Doppelmandat – und damit die Gefahr eines Verstoßes gegen das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen - ist gegeben, bei gleichzeitiger Vertretung mindestens zweier Mandanten, deren Interesse gegenläufig sind, weil der eine auch Gegner des anderen sein oder werden kann. Dabei kommt es im Einzelfall nicht darauf an, ob tatsächlich ein Interessenkonflikt eingetreten ist, es reicht der Umstand, dass ein solcher Konflikt möglich ist. Allein diese Möglichkeit kann berufsrechtliche Konsequenzen haben.

3.1 Beispiel Verkehrsunfall

Dass die gemeinsame Vertretung von Unfallgegnern im Zivilverfahren durch denselben Anwalt unzulässig ist, bedarf keiner weiteren Erörterung. Dieser Grundsatz gilt nach dem Prinzip der einheitlichen Vertretung auch für die Beauftragung verschiedener Anwälte der gleichen Sozietät (in Zivilsachen) und auch für Anwälte in Bürogemeinschaft (vgl. § 3 Abs. 2 BORA). Im Gesetz fehlt eine ausdrückliche Erstreckung der in § 43 a BRAO genannten Berufspflichten auf Sozien und andere zu gemeinschaftlichen Berufsausübung verbundenen Rechtsanwälte, wie sie in den §§ 45 Abs. 3 und 46 Abs. 3 BRAO aufgeführt sind. Dies ist jedoch kein Versehen des Gesetzgebers, sondern wurde als überflüssig angesehen, weil bei Zweifeln über die Reichweite einzelner Grundpflichten, die Berufsordnung Konkretisierungen vornehmen kann. So weist die Begründung des Gesetzentwurfes ausdrücklich auf die

Gefahr der Vertretung widerstreitender Interessen hin, die mit der Entstehung immer größerer Kanzleien und überörtlicher Sozietäten verbunden ist und verweist in diesem Zusammenhang ausdrücklich auf die Möglichkeit der „Praxisorientierten Leitlinien der Berufsangehörigen“ hin.

3.2 Sternsozietät

Bis zur Verabschiedung des Rechtsdienstleistungsgesetzes galt das Verbot der Beteiligung an einer **Sternsozietät**.⁶ Darunter versteht man die Beteiligung von Anwälten, die in einer Sozietät verbunden sind oder eines Anwaltes aus einer Sozietät mit einer weiteren Sozietät, ohne dass die Gesellschafter dieser Sozietät an der ursprünglichen Sozietät beteiligen sind. Mit der Verabschiedung des Rechtsdienstleistungsgesetzes ist dieses Verbot entfallen.⁷ Das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen gilt in Fällen der Sternsozietät selbstverständlich für beide Sozietäten, die durch einen oder mehrere Anwälte verbunden sind, d.h. auch für die Anwälte, die nicht Mitglieder beider Sozietäten sind.

Das Anwaltsbüro muss daher auch in größeren Sozietäten und überörtlichen Organisationen so ausgerichtet sein, dass jederzeit gewährleistet ist, dass mögliche Kollisionen erkannt und damit ausgeschlossen werden. Das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen gilt auch für Schein- und Außensozietäten.

Dieser Konflikt beginnt bereits mit der Mandatsannahme. Typische Konstellationen, in denen ein entsprechender Konflikt in Betracht kommt:

3.3 Einholung von Aktenauszügen für die gegnerische Versicherung.

Dies ist ein besonderes Problem, das zahlreiche Anwälte nicht beachten. Der Anwalt des Anspruchsstellers wird von der gegnerischen Versicherung häufig aufgefordert, zur Beschleunigung der Schadenregulierung einen Aktenauszug aus den Straf- oder Bußgeldakten zur Verfügung zu stellen. Für die Zulässigkeit eines solchen Vorgehens wird argumentiert, dass der Anwalt als unabhängiges und objektives Organ der Rechtspflege nur Unterlagen weiterleitet, also gewissermaßen zur Durchführung des Regulierungsauftrages notwendige Unterlagen der Versicherung vorlegt. Dieses Verfahren wird in der Praxis häufig als zulässig angesehen, weil es der Beschleunigung der Schadensregulierung für den Mandanten dienen soll. Die Aushändigung entspricht sogar einer Empfehlung des HUK-Verbandes.⁸ Eine Reihe von Autoren sieht dies jedoch sehr kritisch.

⁶ BGH, Beschl. v. 14.11.2005 - AnwZ (B) 83/04

⁷ Art. 4 des Gesetzes vom 12.12.2007, BGBl. I, 2840

⁸ Anwaltsblatt 1989, 214

Der Haftpflichtversicherer des Unfallgegners möchte die Akten einsehen, um Einwendungen gegen eine Unfallregulierung vorzubereiten. Der Rechtsanwalt würde dann dem Gegner die Unterlagen beschaffen, die dieser für eine Schadensregulierung in eigenem Interesse, aus Sicht des Mandanten, also für die Verwirklichung gegnerischer Interessen benötigt. Problematisch ist auch, dass nach den **allgemeinen Grundsätzen der Anwalt kein Honorar vom Gegner** verlangen kann, sondern im Falle einer Beschaffung der Straf- oder Bußgeldakten für den Gegner die hierfür angefallenen Gebühren allenfalls im Rahmen der Regulierung als Schaden des Mandanten einfordern kann.⁹

Zahlt jedoch die gegnerische Versicherung dem Anwalt des Anspruchstellers für den Aktenauszug ein Honorar und erstattet die Schreibauslagen, führt dies zu dem Problem der widerstreitenden Interessen gemäß § 3 BORA und § 356 StGB. Für die Frage der Beschleunigung der Schadensregulierung ist weder § 356 StGB noch § 3 BORA relevant: Auch das Argument, die Versicherung würde sich, wäre der Anwalt nicht hilfsbereit, die Akten anderweitig besorgen, ist für die Beurteilung eines Verstoßes gegen die Grundregeln anwaltlicher Pflichten völlig uninteressant. Der durch die Vertretung widerstreitender Interessen eingetretener Schaden ist nicht ein eventueller Vermögensverlust des Mandanten, sondern der Vertrauensverlust der „Gemeinschaft“ in die Tätigkeit aller Anwälte. In dieser Situation gibt es jedoch auch Lösungsmöglichkeiten:

- Vor Übersendung von Aktenauszügen an die gegnerische Versicherung muss das Einverständnis des Mandanten eingeholt werden.
- Für die Übersendung darf seitens des Anwalts von der gegnerischen Versicherung kein Honorar gefordert werden, von der Versicherung darf kein Honorar an den Anwalt gezahlt werden.
- Die entstandenen Gebühren und Auslagen sind als Teil des Unfallschadens einzufordern.

Die hierdurch entstandenen Gebühren und Auslagen sind also von dem Mandanten des Anwaltes an diesen zu zahlen. Der Mandant hat im Falle des Obsiegens einen Anspruch auf Erstattung gegen die Versicherung.

Eine Alternative kann sein, dass die gegnerische Versicherung eine fremde Schuld übernimmt: der Anwalt versendet die Akte im Auftrag des eigenen Mandanten; die Versicherung ist bereit, diese Kosten unabhängig von der Regulierung für den Mandanten zu übernehmen. Dabei stellt der

⁹ Ferner PVR 2002, 26; derselbe im Handbuch Straßenverkehrsrecht Seite 61; Hartung/Holl § 3 BORA Rn. 33

Anwalt seine Rechnung – etwa entsprechend der Abrechnung mit Rechtsschutzversicherern – auf den Namen des Mandanten aus.

Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahren gegen den Fahrer; zivilrechtliche Ansprüche des Halters oder des Insassen

Auch diese Konstellation begründet einen Interessenkonflikt.

3.4 § 43a BRAO

§ 43a Abs. 4 BRAO verbietet ohne nähere Definition die Vertretung widerstreitender Interessen. Nach dieser Vorschrift darf der Rechtsanwalt nicht tätig werden, wenn er, gleich in welcher Funktion, eine andere Partei in derselben Rechtssache mit widerstreitendem Interesse bereits beraten oder vertreten hat. Über berufsrechtliche Probleme hinaus, kommt auch strafbares Verhalten in Betracht. Gemäß § 356 Abs. 1 StGB kann ein Anwalt, der beiden Parteien durch Rat oder Beistand in derselben Rechtssache pflichtwidrig diene mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft werden.¹⁰

§ 356 Abs. 1 StGB setzt **keine Schädigungsabsicht** oder den Eintritt eines Nachteils voraus.¹¹ Folge eines Verstoßes ist, dass der Honoraranspruch insgesamt entfällt. Dies gilt auch, wenn es nicht zu einer strafrechtlichen Verurteilung kommt. Ein Verstoß gegen die Berufsregeln führt zum Verlust des Honoraranspruchs.

3.4.1 Prozessuale Situation nach ZPO

Ist ein Rechtsanwalt zur Niederlegung des Mandates trotz Hinweises des Gerichtes nicht bereit, da er die rechtliche Situation anders beurteilt, kann er als Bevollmächtigter vom Gericht zurückgewiesen werden. Dabei wird die Auffassung vertreten, dass ein Verstoß gegen § 41 a BRAO, § 3 BORA eine wirksame Bevollmächtigung hindert. Mangels offensichtlich wirksamer Vollmacht fehlt es an einer wirksamen Vertretung. Dies kann aber gemäß § 88 Abs. 2 ZPO nur auf Rüge berücksichtigt werden. Allerdings gibt es die Auffassung, dass dies auch von Amts wegen geprüft werden kann.

3.4.2 Vertretung von Beschuldigtem und Zeuge

Ein Parteiverrat setzt voraus, dass bei Übernahme des zweiten Mandats ein Interessengegensatz beider Parteien gegeben ist. Die Einwilligung der Partei in eine Vertretung widerstreitender Interessen ist unbeachtlich, da Schutzgut des § 356 StGB die Integrität der Rechtspflege ist. Ein pflichtwidriges Dienen liegt indessen nur vor, wenn bei der Übernahme des Mandats ein Interessengegensatz beider Parteien zu bejahen ist¹².

¹⁰ Zur strafrechtlichen Problematik, insbesondere zur Frage des Irrtums über Interessengegensatz siehe Trödle/Fischer StGB § 356 Rn. 7

¹¹ vgl. auch BayObLG NJW 1995, 606 f

¹² OLG Düsseldorf Beschluss vom 05.11.2002 2 a Ss 167/02-57/02 II

Das Tatbestandsmerkmal „in derselben Rechtssache“ ist nicht darauf beschränkt, dass der Rechtsanwalt in denselben Verfahren tätig wird. Maßgebend ist vielmehr die **Identität des anvertrauten Sachverhalts**, mag dieser auch in Verfahren verschiedener Art und unterschiedlicher Zielrichtung von Bedeutung sein. Anvertrauter Gegenstand eines Verfahrens ist grundsätzlich alles, was für den Ausgang dieses Verfahrens relevant ist. Sobald und solange der anvertraute Verfahrensstoff bei einem anderen Auftragsverhältnis wieder rechtliche Bedeutung erlangen kann, darf der Anwalt nicht in eben dieser Rechtssache den nunmehrigen Gegner seines früheren Auftraggebers Rat und Beistand gewähren. Nach allgemeiner Meinung ist ein interessengegensätzliches Handeln Bestandteil des § 356 StGB. Für die Beurteilung des Interessengegensatzes ist die wirkliche Interessenlage, die durch den Auftrag der Parteien festgelegt wird, maßgebend. Das Tätigwerden des Rechtsanwaltes im Rahmen des neu erteilten Auftrages muss den Interessen der anderen Partei objektiv entgegengesetzt sein.

Wer allerdings einen Beschuldigten im Rahmen einer des Vorwurfs des § 142 StGB vertritt begeht keinen Parteiverrat, wenn er in diesem Zusammenhang das Mandat eines Zeugen annimmt, der vor der Polizei nicht aussagen möchte.¹³

3.4.3 Besonderheit Scheidungsrecht

Besonders günstig war eine Entscheidung des OLG Karlsruhe, auf deren Bestand vor dem BGH ich jedoch nicht vertrauen würde. Gegenstand des Verfahrens war ein **Scheidungsprozess**¹⁴

Der Rechtsanwalt, der zunächst beide Eheleute auf Grund deren gemeinsamen Auftrags ausschließlich über die Voraussetzungen und die Herbeiführung eines von beiden Eheleuten übereinstimmend gewollten einverständlichen Scheidung ihrer Ehe sowie den Unterhaltsanspruch beraten hat und auch den Unterhaltsanspruch berechnet hat, handelt nicht pflichtwidrig, wenn er später einen der Ehepartner vertritt und den Unterhaltsanspruch geltend macht.

„Bei einer Scheidungssache wird der Interessenbegriff vom Willen der Parteien gestaltet und richtet sich nach deren subjektiven Zielen. In Ehescheidungssachen steht es den Ehegatten frei, einverständlich die Voraussetzung einer Ehescheidung herbeizuführen. Hieraus rechtfertigt sich vorliegend ein subjektives Verständnis des Interessengegensatzes. Ob ein solcher gegeben ist, wird durch

¹³ OLG Düsseldorf 05.11.2002 (2a Ss 167/02 – 57/02 II = DAR 2003,83)

¹⁴ OLG Karlsruhe Beschluss vom 19.09.2002, 3 Ss 143/01

einen Vergleich der beiderseitigen subjektiven Parteienanliegen ermittelt. Im Falle einer einverständlichen Scheidung treten – bei subjektiver Betrachtung – keine entgegen gesetzten Interessen auf. Die Eheleute sind sich dabei einig, dass nach § 630 ZPO in Verbindung mit §§ 1565, 1566 Abs. 1 BGB vorgegangen wird.

3.5 Organisation

Die Organisation des Anwaltsbüros muss daher darauf ausgerichtet sein, Doppelmandate zu vermeiden. Empfohlen wird dabei die Führung eines Unfalltagebuches¹⁵. Dabei werden in einem normalen Kalender unter dem Ereignisdatum sämtliche verfügbaren Informationen zu dem Unfalls eingetragen und mit einer entsprechend geführten Akte verknüpft.

Die Bedeutung der **Mandatsbestätigung** wird häufig unterschätzt. Dabei sind die Frage der Mandatsannahme und der Mandatsbeendigung zwei Punkte, zu denen Mandanten sich häufig äußern, dass sie von ihren Anwälten im Unklaren gelassen wurden. Beides ist auch eine Quelle von Ärgernissen für beide Seiten, Beschwerden und Regressen. Wichtig ist daher routinemäßig ein Schreiben an Mandant, dass das Mandat angenommen wurde und ein Schreiben über die Beendigung des Mandates.

Wichtig ist es, dass der Mandant sofort über die Annahme oder Ablehnung eines Mandates informiert wird. Ebenso sollte er schriftlich darüber informiert werden, dass das Mandat beendet ist. Dies vermeidet Missverständnisse. In der Mandatsbestätigung sollte auch in der Regel auch der Umgang der Beauftragung noch einmal beschrieben werden. Die kann von Bedeutung sein, wenn es zu dem Strafverfahren einen zivilrechtlichen oder arbeitsrechtlichen Annex gibt (z.B. Verkehrsunfall, Mandant beschuldigt der fahrlässigen Tötung, wurde selbst verletzt auf einer betrieblichen Fahrt und kommt in die Kanzlei und berichtet von seinen Verletzungen und der Tatsache, dass ihm als Lastkraftwagenfahrer von seiner Firma gekündigt wurde). Neben dem Umfang der Tätigkeit sollte schon beim ersten Gespräch über die Grundlagen der Honorierung gesprochen werden.

Selbstverständlich sollte soweit angesprochen, eine Vergütungsvereinbarung schriftlich getroffen werden und eine schriftliche Vollmacht fixiert werden.

¹⁵ Gebhardt „Das verkehrsrechtliche Mandat“ Band 1 11.Auflage 2003, § 1 Rn. 4

3.5.1 Beauftragung durch Dritte

Der Verteidiger muss aber auch streng darauf achten, dass er bei einer Beauftragung durch Dritte (Eltern, Verwandte, Arbeitgeber) die Mandanteninteressen in den Vordergrund stellt. Die Verschwiegenheitsverpflichtung des Verteidigers gilt natürlich auch gegenüber Elter, Ehepartnern und Arbeitgebern.

Eltern und Betreuer können auch nicht ein vereinbartes Mandat mit einem Minderjährigen oder einem unter Betreuung stehenden Mandanten gegen dessen Willen beenden. Jugendliche können wirksam ein Mandatsverhältnis zur Strafverteidigung vereinbaren – dies gilt auch für unter Betreuung stehende Mandanten.

3.5.2 Besonderheiten bei inhaftierten Mandanten:

Die Anbahnung von Mandanten, bei den sich der Beschuldigte in Haft befindet, ist unterschiedlich: Der potenzielle Mandant wendet sich direkt an den Anwalt, entweder schriftlich oder telefonisch oder der Anwalt erhält durch Dritte die Bitte für einen Besuch (Mitgefangene, Sozialarbeiter oder Verwandte). Wird der Verteidiger direkt angeschrieben, kann er prüfen ob das Anschreiben bereits eine Vollmacht enthält. Nimmt der Verteidiger dieses Angebot an, besteht ein Verteidigungsverhältnis und er kann diese Vollmacht zum Nachweis der Bevollmächtigung nutzen, um mit seinem Mandanten ohne weitere Beobachtung zu sprechen. Ansonsten benötigt er eine Besuchserlaubnis. Bei der Besuchserlaubnis für ein Anbahnungsgespräch sollte der Verteidiger darauf achten, dass dieses Gespräch ohne akustische Überwachung ermöglicht wird.

3.5.3 Korrespondenz mit Rechtsschutzversicherungen

Eingebürgert hat es sich, dass Rechtsanwälte für ihre Mandanten kostenlos bei der Rechtsschutzversicherung eine Deckungszusage einzuholen. Dies erscheint nicht nur unklug sondern auch riskant:

- **unklug**, weil die Versicherung, wenn sie direkt mit ihrem Versicherungsnehmer konfrontiert ist, eher geneigt ist Deckungszusagen zu erteilen als wenn sie nur mit einem Anwalt korrespondiert, der kein Kunde ist und auch für weitere Versicherungen nicht in Frage kommt.
- **Riskant** ist es aber auch, weil die Deckungsanfrage für den Anwalt eine regelrechte Gebührenfalle bedeutet. Der Anwalt wird sofort tätig, korrespondiert mit der Versicherung, die Versicherung lehnt eine Deckungszusage ab. Der Mandant beruft sich darauf, dass der Anwalt entweder zugesichert hat, dass die Kosten der Rechtsschutzversicherung übernommen werden oder das er den

Auftrag unter der Bedingung einer Deckungszusage erteilt hat. Dieser Argumentation ist durch entsprechende Korrespondenz vorzubeugen. In dieser Korrespondenz muss ausdrücklich darauf hingewiesen werden, dass das Mandatsverhältnis allein mit dem Mandanten zustande kommt und damit auch die Zahlungspflicht zwischen Mandant und Anwalt entsteht.

3.5.4 Fragenkatalog Bußgeldverfahren und Strafsachen

<p>1. Was ist passiert?</p>	<p>umfassende Schilderung des der Beauftragung zugrunde liegenden Sachverhalts (Unfall/Polizeikontrolle/Strafanzeige etc.);</p>	<p>Nachfragen lohnt sich ebenso wie ein gehöriges Maß an Skepsis. Es muss festgestellt werden, dass viele Menschen ein Problem damit haben, vor sich selbst (und anderen) zuzugeben, dass sie einen Fehler gemacht haben. Dieses führt bei einer Schilderung des Sachverhaltes sehr leicht zu (dem Mandanten angenehmen) Abwandlungen, Verdrehungen des Sachverhalts und Beschönigungen. Es ist auch Aufgabe des Rechtsanwaltes als Verteidiger, die Angaben des eigenen Mandanten zu überprüfen, zu filtern.</p>
<p>2. In welchem Stadium befindet sich das Verfahren</p>	<ul style="list-style-type: none"> • polizeiliches Ermittlungsverfahren; • staatsanwaltschaftliches Ermittlungsverfahren; • gerichtliches Verfahren; • Gibt es schon einen Strafbefehl oder Bußgeldbescheid (falls Ja: wann wurde dieser zugestellt?). <p>Nebenfolgen weitere (strafrechtliche) Folgen, insbesondere bezüglich des Führerscheins</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Entziehung der Fahrerlaubnis durch Beschluss gemäß § 111a StPO, 	

	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Beschlagnahme des Führerscheins durch die Polizei, • - freiwillige Herausgabe des Führerscheins durch den Mandanten. 	
3. Vertretungsverhältnisse	War in derselben Sache schon ein anderer Anwalt tätig bzw. beauftragt?	
4. Prüfung, ob bei Übernahme des Mandates ein Konflikt besteht, falls nein:		
5. Mandatsvereinbarung / -vertrag abschließen (und vom Mandanten unterschreiben lassen) und		
6. Umfassende schriftliche Vollmacht erteilen lassen	Die Vollmacht sollte insbesondere die Befugnis zur Vertretung im Falle der Abwesenheit in einer Hauptverhandlung umfassen, eine Vollmacht zur Entgegennahme von Schriftstücken, sollte jedoch nur erteilt werden (und damit Bestandteil der Vollmacht sein), wenn der Anwalt sicher weiß, dass er den Mandanten jederzeit erreichen kann (und ihm von den Schriftstücken auch Mitteilung machen kann). Unter Vorlage der entsprechenden Vollmacht sollte sich der Anwalt dann schnellstmöglich bei Behörden, Polizei oder Gericht legitimieren (damit man dort überhaupt von seiner Existenz weiß und ihn ggf. dann von den jeweiligen Maßnahmen unterrichtet). Auf eine Ladungsvollmacht sollte der Anwalt verzichten	

<p>7. Welche Beweismittel stehen zur Verfügung?</p>	<p>Zeugen</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Zeugen im eigenen Lager, ▪ Zeugen im gegnerischen Lager (z. B. Beifahrer des Unfallgegners), ▪ Polizeibeamte, ▪ weitgehend neutrale Zeugen. <p>Besonderheiten, Auffälligkeiten</p> <p>Nicht jeder Fall ist so, wie es auf Anhub scheint. Es ist stets, beim Mandanten nachzufragen, ob es irgendwelche Besonderheiten oder Auffälligkeiten gibt</p> <p>Spuren</p> <p>a) Spuren oder Beschädigungen am eigenen Fahrzeug, an fremden Fahrzeugen</p> <p>b) Spuren am Unfallort oder am Ort des Geschehens</p> <ul style="list-style-type: none"> - Bremsspuren, - Splitterfelder, - Blutspuren, - Kratz- oder Schleifspuren, - Beschädigungen an Häusern, Zäunen, Bäumen, Büschen etc. 	<p>Die meisten Spuren können sehr schnell verloren gehen, wenn sie nicht unverzüglich gesichert werden. Dies führt zu einem unwiederbringlichen Beweisverlust, zugunsten, möglicherweise aber auch zulasten des Mandanten. Es ist zumindest vorstellbar, dass die Polizei keine richtige Lust hat, einen Unfall vollständig und ordnungsgemäß aufzunehmen (schlechtes Wetter, Unfall zur Nachtzeit, Schichtwechsel steht an), häufig ist sie jedoch überhaupt nicht in der Lage zu einer ordnungsgemäßen Unfallaufnahme, die eine entsprechende Ausbildung und Schulung erfordert; im Übrigen fehlt vielfach die erforderliche technische Ausrüstung (und sei es auch nur ein Foto-Apparat). Ein erfahrener technischer Sachverständiger vermag aus kleinsten Details Rückschlüsse auf Unfallursache, Unfallhergang, Geschwindigkeiten, Reaktionszeiten usw. zu ziehen, den kompletten Unfall zu rekonstruieren (Unfall-Rekonstruktions-Gutachten).</p>
--	---	---

<p>8. Endgültige Verfahrensziele</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Einstellung des Verfahrens, • Einstellung des Verfahrens ohne Auflagen, • Einstellung des Verfahrens mit Auflagen, • Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens bzw. Ablehnung des Erlasses eines Strafbefehls, • Freispruch, • mildes Urteil bzw. vergleichbarer Strafbefehl, • Zeitgewinn durch Verzögerung des Verfahrens, • Steuerung der Rechtskraftwirkung durch Einlegung eines Rechtsmittels oder Verzicht auf Rechtsmittel 	<p>Hier ist im Rahmen der Beratung des Mandanten darauf zu achten, dass nichts tatsächlich Unmögliches versprochen wird. Der Anwalt, der schon im Vorfeld einen Freispruch als sicher „in den Raum stellt“, wird nach erfolgter Verurteilung durch das Gericht mit einem äußerst unzufriedenen Mandanten konfrontiert sein.</p>
--	---	---

3.5.5 Gedanken zur Beweissicherung

Beispielfälle für Mängel der Beweissicherung

Wird ein über die **Straße laufender Fußgänger** von einem Pkw erfasst und aufgeladen, schleifen hierbei die Sohlen der Schuhe bzw. die Kanten der Sohle über den Asphalt und hinterlassen (schwache) schwarze Schleifspuren. Damit steht die Kollisionsstelle unverrückbar fest, wenn man

- weiß, dass es solche Spuren geben kann,
- intensiv nach diesen Spuren sucht und
- sie sogleich sichert (nur kurze Zeit später können sie verwischt sein).

An der **Verformung der Glühwendel** einer Glühbirne vermag ein Sachverständiger festzustellen, ob die betreffende Beleuchtungseinrichtung zum Unfallzeitpunkt in Funktion war (oder nicht). Hierzu muss die entsprechende Glühbirne jedoch umgehend gesichert werden!

Es gibt zwischenzeitlich Geräte, mit denen man **Beleuchtungssituation** zur Nachtzeit genau messen, analysieren und damit rekonstruieren kann. Dies kann bei Dunkelheitsunfällen eine entscheidende Hilfe sein. Zu beachten ist auch hier, dass sich die Beleuchtungssituation durchaus kurzfristig ändern kann (z.B. wird eine Baustelle aufgehoben und die Beleuchtung / Beschilderung abgebaut).

Zumindest die Spuren am Fahrzeug des Mandanten sollten vor einer Reparatur fotografisch gesichert werden (Fotos aus mehreren Blickwinkeln!).
Im Übrigen lohnt es sich auch, den Mandanten zu bitten, die Unfallstelle zu fotografieren - im Zweifel kennen Staatsanwalt und Richter die genaue örtliche Situation nicht.

4 Die Strafbarkeit des Strafverteidigers

Der Strafverteidiger darf natürlich nicht gegen formelles Prozessrecht und materielles Strafrecht verstoßen, so der vierte Strafsenat des BGH. Im Umfeld der Strafverteidigung ergeben sich aber eine Reihe von Gefahren:

4.1 Geldwäsche durch den Verteidiger, § 261 StGB

Nach § 261 StGB macht sich strafbar, wer in Kenntnis der Tatumstände Geld aus einer sogenannten Katalogtat dem staatlichen Zugriff vereitelt oder gefährdet oder die Herkunft verschleiert. Ergänzt wird § 261 durch das sogenannte Geldwäschegesetz. Geldwäsche kann sowohl bei der Weiterleitung und sonstigen Behandlung von Geld erfolgen, aber insbesondere auch bei der Annahme von Honoraren. Von besonderer Bedeutung sind drei Urteile zu diesen Fragen:

- OLG Hamburg, Strafverteidiger 2000, 140 = StraFo 2096 = NJW 2006, 73
- Entscheidung des BGH vom 4.7.2001, StV 2001, 566
- Bundesverfassungsgerichts vom 30.3.2004 = NJW 2004, 1305 = wistra 2004, 270

Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts kommt es im Wesentlichen auf die Zahlungsmodalitäten des Honorars und die weiteren Umstände an. § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB darf nicht umfassend ausgedehnt werden, da dies die Berufsausübungsfreiheit eines Strafverteidigers ungerechtfertigt beschränken würde. Strafbar macht der Strafverteidiger sich, wenn er sicher weiß, dass dieses konkrete Geld aus einer Katalogtat herrührt. „Die bewusste Übertragung bemakelter Vermögenswerte unter dem Schirm des verfassungsrechtlich geschützten Vertrauensverhältnisses ist ein Missbrauch der privilegierten Verteidigerstellung, der vor der Verfassung keinen Schutz verdient. Weiß der Strafverteidiger im Zeitpunkt der Annahme des Verteidigerhonorars sicher, dass die erhaltenen Mittel aus einer Katalogtat herrühren, so tritt er aus seiner Rolle als Organ der Rechtspflege heraus...“

Allein die Leichtfertigkeit reicht für eine Strafbarkeit des Strafverteidigers bei der Honorarannahme nicht aus. Auch bei der Annahme des Verdachts einer Geldwäsche sollen die Ermittlungsbehörden hinreichende Zurückhaltung üben. Allein die Übernahme eines Wahlmandates reicht für den Verdacht der Geldwäsche nicht aus.

Dies gilt natürlich für die Frage des Tatverdacht im Hinblick auf eine anstehende Durchsuchung der Kanzlei. Vorsicht: Eine Strafbarkeit der Geldwäsche kann auch vorliegen, wenn der Verteidiger über ein auf seinen Namen lautendes Konto Gelder, die kontaminiert sind, bei der Staatskasse hinterlegt.¹⁶

4.2 Gefahr der Strafvereitelung, § 258 StGB

Strafvereitelung liegt nahe, weil der Verteidiger durchaus auch bei einem schuldigen Mandanten einen Freispruch beantragen kann. Sachverhalt: Der Verteidiger reicht bei Gericht eine Urkunde ein, hat selbst aber erhebliche Zweifel an der Richtigkeit¹⁷. Die Falschheit hat er billigend in Kauf genommen. Der BGH hat sich mit einer Strafbarkeit gemäß § 267 StGB auseinandergesetzt, da hier der Eventualvorsatz genügt. Der BGH führt aus:

Ein Strafverteidiger ist verpflichtet, seinen Mandanten bestmöglich zu verteidigen. Ihm vorliegende oder zugängliche Beweismittel muss er einbringen. Er ist zwar verpflichtet, darauf zu achten, dass er nicht gefälschte oder sonst als unrichtig erkannte Beweismittel vorlegt. Hat er aber lediglich Zweifel, so ist er deshalb nicht befugt, die Beweismittel zurückzuhalten. Insoweit sind Unstimmigkeiten der Strafbarkeit nach § 267 und § 258 zu Gunsten des Verteidigers aufzulösen.

Strafvereitelung liegt jedenfalls dann vor, wenn der Verteidiger mit unlauteren Mitteln (Anruf bei einem Amtsgericht unter Vortäuschung, ein anders AG würde anrufen) von einem Haftbefehl erfährt und dies dem Mandanten mitteilt. BVerfG, Beschluss vom 17.06.2006, 2 BvR 1085/05 und 2 BvR 1189/05 = StV 2006, 522.

Grenzen der Verteidigung:

Fall Bock u.a. BGHSt 46, 36 und BGHSt 47, 278, Siehe auch die Fälle Stotz und Mahler

4.3 Anstiftung zu Aussagedelikten und Beihilfe

Prozessordnungsgemäßes Verhalten kann keine Teilnahme an der Strafbarkeit eines Zeugen sein. Bedenken des Verteidigers an der Wahrhaftigkeit von Zeugenaussagen führen nicht zu einer Strafbarkeit des Verteidigers. Erforderlich ist vielmehr positives und nachweisbares Wissen über die Unwahrheit und eine entsprechende Vorbereitung des Zeugen.

¹⁶ OLG Frankfurt, NJW 2007, 1727

¹⁷ BGH St 38, 345 = StV 1993, 470

Mittelbare Beihilfe einer Verteidigerin zur uneidlichen Falschaussage

Sachverhalt: Die angeklagte Rechtsanwältin war mit der Verteidigung in einer Bußgeldsache beauftragt. In der Hauptverhandlung bestritt die Mandantin, dass Fahrzeug gefahren zu sein. Die Verhandlung wurde ausgesetzt. Die Angeklagte soll dann auf dem Flur zu ihrer Mandantin gesagt haben: „Jetzt müssen Sie nur noch Ihre Freundin davon überzeugen, dass sie die Fahrerin war.“ In der Tat sagte die Freundin in der Folgeverhandlung falsch aus und behauptete, selbst die Fahrerin gewesen zu sein. Das Zeugenkomplott fiel auf, die Zeuginnen bekundeten, dass die angeklagte Anwältin von der Verabredung der Falschaussage keine Kenntnis hatte.

Das Amtsgericht verurteilte die Angeklagte zu einer Freiheitsstrafe von zehn Monaten zur Bewährung, das Landgericht sprach frei, da die Zeuginnen schon zur Tat entschlossen waren. Die Revision der Staatsanwaltschaft hatte Erfolg: Nach Auffassung des OLG deutet die Aussage: „Jetzt müssen Sie nur noch Ihre Freundin überzeugen...“ dringend darauf hin, dass der Verdacht der Anstiftung näher liegt. OLG Bamberg, Urteil vom 2. 5.2006, 2 Ss 73/05 = StV 2007, 529

Anmerkung hierzu: Müller, StV 2007, 531: Ein bereits Tatentschlossener kann nicht mehr angestiftet werden. Es bleibt allein die Möglichkeit, einer vollendeten psychischen Beihilfe. Fraglich ist, inwieweit die Hilfeleistung kausal für die Haupttat sein muss.

Das Urteil des OLG Bamberg sollte aber bereits daran scheitern, weil das Beratungsgeheimnis zwischen Mandant und Verteidiger hier durch Dritte verletzt wurde. Allerdings hätte der Verteidiger der Angeklagten Anwältin in der Hauptverhandlung einer Verwertung der Aussage des Polizeibeamten widersprechen müssen. Informationen aus „selbstverschuldeter Preisgabe“ des Inhaltes von Verteidigergesprächen sind allerdings verwertbar. Eine gewisse Umsicht und Vorsicht, die auch im privaten Bereich gilt, ist daher auch einer Strafverteidigerin zumutbar.

4.4 Parteiverrat, § 356 StGB

Geschütztes Rechtsgut des § 356 StGB ist das Vertrauen der Allgemeinheit in die Zuverlässigkeit und Integrität des Anwaltstandes sowie der konkrete Schutz eines bestimmten Mandanten. Anvertraut im Sinne dieser Vorschrift ist jede Rechtsangelegenheit, die ein Mandant mit der Bitte um Prüfung oder Wahrnehmung seiner Interessen mitteilt – wenn dieser Auftrag vom Anwalt nicht unverzüglich abgelehnt wird.

Anders als im Zivilrecht ist im Strafrecht im Rahmen einer Sozietät jedoch nur der einzelne Anwalt beauftragt, was einem einzelnen Anwalt anvertraut

wird, wirkt nicht gleichzeitig für die Sozien. Dies gilt auch, wenn eine Vollmacht unterschrieben wird auf der mehrere Anwälte aufgeführt sind.

Dies gilt selbst wenn sich ein Verteidiger mit der Kanzlei üblichen „Wir-Formel zum Verteidiger bestellt. Weiteres Tatbestandsmäßigkeit ist das pflichtwidrige Dienen. Einzelheiten sind hier jedoch sehr umstritten.

4.5 Beleidigung

Das Bundesverfassungsgericht hat klargestellt, dass beim Kampf um das Recht auch starke, eindringliche Ausdrücke benutzt werden können. Es darf auch konkret ein anderer Prozessbeteiligter angegriffen werden, um zum Beispiel die mangelnde Sachkunde eines Sachverständigen dargestellt werden.

Gebot der Sachlichkeit bzw. **Beleidigung durch Anwalt**

Ein Anwalt verstößt gegen Sachlichkeitsgebot, wenn er einem Vertreter der Behörde in einer Sitzungspause vorwirft, dass „Leute wie er Schuld daran sei, dass Kinder sterben und tot in Kühltruhen gefunden werden.“
AnwGH Bremen, Urteil vom 17.9.2009, 1 AGH 3/09= NJW Spezial 2009, 750 = BRAK-Mit 2009,286

Ein Mandatsverhältnis begründet keine Straffreiheit für persönliche Schmähungen Dritter, die ein Strafverteidiger gegenüber seinem Mandanten äußert. In einem Strafverfahren gegen einen Strafverteidiger stehen weder § 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO noch § 148 Abs. 1 StPO der Beschlagnahme und Verwertung von Schreiben des beschuldigten Verteidigers an seinen Mandanten entgegen.

Die Bezeichnung des Vorsitzenden Richters am Landgericht Sch. in dem beschlagnahmten Brief als "unfähiger und fauler Richter", "an dessen Verstand man mit Fug und Recht zweifeln muss" hat das Landgericht zu Recht als rechtswidrigen Angriff auf dessen Ehre durch vorsätzliche Kundgabe der Missachtung bzw. Nichtachtung gewürdigt. Die Beleidigung ist nicht durch § 193 StGB gerechtfertigt, da die Äußerungen ersichtlich nicht zur Ausführung und Verteidigung von Rechten gemacht wurden.
BGH, Urteil v. 27.3.2009, 2 StR 302/08

5 Die Stellung des Verteidiger

5.1 Information

Der Betroffene selbst hat ein Recht auf Akteneinsicht – dies wird nach § 147 StPO nur teilweise gewährt. Strittig ist, ob der Verteidiger dem Beschuldigten eine vollständige Kopie der Akten aushändigen kann. Dies wird zum Teil bejaht.¹⁸

¹⁸ BGHSt 29, 99

Strittig ist, ob der Verteidiger dem Betroffenen Informationen weitergeben darf, die den Untersuchungszweck gefährden, z.B. von bevorstehenden Untersuchungen oder bestehenden Haftbefehlen unterrichten darf.¹⁹

Aus dem Anwaltsvertrag ergibt sich als Grundpflicht die umfassende Beratung des Mandanten, die zugleich stets beinhaltet, den „leichtesten Weg“ zu beschreiten. Fraglich, ob es eine Pflicht gibt, einem Mandanten zu raten, ein wahres Geständnis nicht zu widerrufen, ob er ihn beraten darf, sich einem Strafverfahren zu entziehen?

Besonderheit am Rande: der Verteidiger vertritt in der Regel nicht den Mandanten, sondern er verteidigt ihn. Dies hat zur Folge, dass ein Verschulden des Verteidigers (soweit er nicht ausnahmsweise seinen Mandanten nicht vertritt) dem Beschuldigten nicht zugerechnet wird. Dies hat zum Beispiel eine besondere Bedeutung bei notwendigen Ersuchen auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Zur Begründung reicht es aus, dass der Verteidiger entgegen dem Auftrag seines Mandanten ein Rechtsmittel nicht eingelegt hat. Vertritt ein Verteidiger ausnahmsweise einen Mandanten (z.B. als Nebenkläger) wird ein Verschulden des Anwaltes (Nebenklägervertreter) dem Mandanten wie eigenes Verschulden zugerechnet.

5.2 Wahrheitspflicht

Eine Verteidigerin, die einer Zeugin eine Schmerzensgeldzusage für den Fall einer entlastenden Aussage machte, wobei die Aussage nur möglicherweise richtig war, wurde vom BGH freigesprochen, da ihr kein Vorsatz nachzuweisen war.²⁰

Aus berufsrechtlicher Sicht ist es einem Verteidiger jedoch untersagt, selbst bewusst zu lügen (§ 43a Abs. 3 Satz 2 BRAO).

Nicht gerichtlich entschieden sind die Fälle, wenn ein Verteidiger sich unwahre Behauptungen des Mandanten zu eigen macht, diese als wahr hinstellt oder gar Lügen für ihn erfindet.²¹

Selbstverständlich darf der Verteidiger den Freispruch eines von ihm als schuldig eingestuften Mandanten beantragen.²²

Weiter ist dem Verteidiger gestattet, Kontakt zu Zeugen aufzunehmen. Er kann diesem auch Auslagenersatz und Entschädigung anbieten. Er darf in diesem Zusammenhang auch auf das Recht der Aussageverweigerung

¹⁹ Andere Ansicht OLG Hamburg, Strafverteidiger 1991, 551, Karlsruher Kommentar, Löwe/Rosenberg Lüddersen § 147 Rn. 134

²⁰ Strafverteidiger 2000, 427 = NJW 2004, 2433

²¹ Schönke/Schröder StrE § 258 Rn. 20. s. auch LR/Lüddersen vor § 137 Rn. 141

²² S. RGSt 66, 316

hinweisen, mit legalen Mitteln darf er auch auf eine solche Verweigerung hinwirken.²³

5.3 Absprachen

Absprachen sind im Strafprozess zulässig. Grundlage bietet die Entscheidung BGHSt 43, 185, deren Grundgedanken heute Gesetz geworden sind.

Die Verständigung mit dem Staatsanwalt im Ermittlungsverfahren ist im § 160b StPO geregelt, die Verständigung im Strafverfahren § 257b, 257c StPO. In beiden Fällen ist der Vorgang aktenkundig zu machen und die Aufklärungsverpflichtung des Gerichtes im Sinne von § 244 Abs. 2 StPO darf nicht berührt werden. Der Gegenstand der Absprache ist beschränkt auf die Rechtsfolgen, der Schuldspruch sowie Maßregel der Person und Sicherung dürfen nicht Gegenstand der Verständigung sein. Der Angeklagte soll ein Geständnis ablegen. Das Gericht soll dann eine Ober- und Untergrenze der Strafe bestimmen. Eine Verständigung kommt zustande, wenn der Angeklagte und die Staatsanwaltschaft dem Vorschlag des Gerichts zustimmen.

Der Verteidiger hat auch das Recht, mit Mitbeschuldigten Kontakt aufzunehmen. Problematisch kann diese Kontaktaufnahme jedoch wegen der schwierigen Nachvollziehbarkeit sein. Es sind aber Gefahren des Verdachts der Doppelvertretung und der Strafvereitelungen möglich.

Kontakt zu anderen Verteidigern ist nicht nur zulässig, sondern sinnvoll. Dabei ist aber stets das Interesse des Mandanten zu beachten.

5.4 Vertretung

Ein Wahlverteidiger kann sich im Einverständnis mit dem Mandanten durch einen Anwalt oder Referendar, der seit mindestens 15 Monaten im juristischen Vorbereitungsdienst ist, vertreten lassen. Der Anzahl der zulässigen Verteidiger erhöht sich hierdurch nicht. Dies gilt auch für den neben den Wahlverteidiger tätigen Pflichtverteidiger. Eine Erhöhung der Zahl der Verteidiger ist aber gegeben, wenn der Unterbevollmächtigte zur selben Zeit wieder Hauptbevollmächtigte verteidigt. Der Pflichtverteidiger kann sich nicht vertreten lassen. Allerdings ist die Bestellung eines Vertreters gem. § 53 BRAO möglich. Durch eine solche Bestellung darf der Verteidiger aber nicht seine Arbeitskraft „verdoppeln“. Die Bestellung eines Vertreters gem. § 53 BRAO ist nur zulässig, wenn der Verteidiger überhaupt und in allen Bereichen gehindert ist, seinen Beruf als Rechtsanwalt auszuüben. Hierzu reicht schon ein Urlaub des Verteidigers aus.

²³ BGHSt 10, 393

5.5 Der Vorsitzende und der Verteidiger (§§ 176 bis 178 GVG)

Nach § 176 GVG ist der Vorsitzende für die Aufrechterhaltung der Ordnung in der Sitzung verantwortlich. Insoweit umfasst seine Regelungsbefugnis auch den Staatsanwalt und den Verteidiger. Aus dieser Vorschrift heraus kann der Vorsitzende auch das Tragen der Amtstracht vom Verteidiger verlangen, ebenso wie Maßnahmen der Durchsuchung des Verteidigers anordnen. Dies ist aber nur möglich, wenn konkrete Anhaltspunkte für ein Misstrauen gegeben sind.

Gegenüber Verteidigern ist aber bei unangebrachtem Verhalten kein Ordnungsmittel gem. § 177, 178 GVG zulässig. Er hat alleine die Möglichkeit, gegebenenfalls die Sitzung abubrechen und berufsrechtliche Maßnahmen anzuregen.

5.6 Ausschließung des Verteidigers 131a StPO

Ausgeschlossen als Verteidiger ist der Rechtsanwalt, der mittelbar oder unmittelbar an der Tat, die Gegenstand des Strafverfahrens ist, beteiligt ist. Dies gilt auch, wenn er den geschützten Verkehr mit dem Beschuldigten gem. § 148 StPO dazu ausnutzt, Straftaten zu begehen oder die Sicherheit der Strafanstalt gefährdet. Dabei ist eine Verhältnismäßigkeitsabwägung nicht zu treffen (ausreichend ist es, z.B. der Versuch, ein Mobiltelefon in die Haftanstalt zu schmuggeln)

Für den Ausschluss ist ein bestimmter Verdachtsgrad notwendig – die Einleitung eines Verfahrens oder Anklagereife ist aber nicht Voraussetzung. Der Verdacht darf allerdings nicht unerheblich sein, es muss eine bestimmte Konkretisierung erreicht worden sein.

6 Rechtsanwaltsvergütung

6.1 Kostenerstattung

Kostenerstattung wird in den jeweiligen Urteilen festgelegt, § 464 StPO bzw. 105 OWiG. Entscheidend ist der Ausgang des Verfahrens. Die Kosten des Verfahrens sind die Gebühren und Auslagen der Staatskasse und die Vergütung des Pflichtverteidigers; notwendige Auslagen sind beispielsweise die Kosten des Wahlverteidigers. Ohne Kostengrundentscheidungen im Urteil gibt es keine Auslagenerstattung. Sollte ein Gericht diese vergessen, muss hiergegen gesondert Beschwerde eingelegt werden. Dies gilt auch, wenn der Angeklagte mit der Kostenentscheidung nicht einverstanden ist.

In Ermittlungsverfahren (im Ordnungswidrigkeitenverfahren bis zum Erlass des Bußgeldbescheides) gibt es keine Kostenerstattung.

Wird der Angeklagte verurteilt, hat er die Kosten zu tragen, wird er freigesprochen, sind die Verfahrenskosten und die notwendigen Auslagen der Staatskasse aufzuerlegen. Dies gilt auch bei sogenannten endgültigen Einstellungen z.B. Nicht- Eröffnung des Hauptverfahrens.

Wird der Angeklagte teilweise freigesprochen, lautet die Kostenentscheidung, dass der Verurteilte die Verfahrenskosten und seine notwendigen Auslagen trägt, „soweit er verurteilt wurde.“ Das Gericht kann allerdings auch eine Bruchteilsentscheidung entsprechend § 464d StPO treffen.

Der Verteidiger muss auch stets prüfen, ob Kosten alleine durch das Gericht verursacht wurden oder ob für abtrennbare Teile des Verfahrens die Unschuld festgestellt wurde. Dann besteht die Möglichkeit, dass die insoweit angefallenen Kosten der Staatskasse auferlegt werden. Durch das Gericht verursachte Kosten können aber auch unverhältnismäßig sein: z.B. ordnet das Gericht bei einer geringfügigen Ordnungswidrigkeit (Verwarnung gem. § 56 OWiG 35 €) ein Gutachten an, wodurch Kosten von mehr als 1.000 € entstehen.

Die Gerichte wenden die Differenztheorie an. Das heißt, der Verteidiger errechnet die Kosten, die entstanden sind und zieht hiervon die Kosten ab, die entstanden wären, wenn die Tat, wegen der Angeklagte freigesprochen wurde, nicht Teil des Verfahrens gewesen wäre. Diese Differenz ist dann erstattungsfähig. Dies kann dazu führen, dass die gesamten Verteidigerkosten erstattungsfähig sind, wenn wegen der verurteilten Tat kein Verteidiger beauftragt worden wäre.

6.2 Ausnahme von Kostenerstattung:

Soweit der Angeklagte säumig ist, ein unwahre Selbstanzeige erstattet hat, trägt er auch in diesen Fällen die Kosten des Verfahrens, selbst wenn er freigesprochen wird. Im Falle der Einstellung des Ermittlungsverfahrens nach § 170 Abs. 2 StPO trägt jeder seine eigenen Kosten.

6.3 Rechtsmittel

Das Berufungsgericht entscheidet über die gesamten Kosten und Auslagen des Verfahrens. Bleibt das Rechtsmittel ohne Erfolg, verbleibt es bei der Entscheidung erster Instanz und die Kosten des Rechtsmittels trägt der Rechtsmittelführer. Haben Staatsanwaltschaft und Angeklagter Rechtsmittel eingelegt, nehmen beide das Rechtsmittel zurück, sind nur die durch das Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft entstandenen Mehrkosten zu erstatten.

Ein voller Erfolg des Rechtsmittels liegt vor, wenn der Rechtsmittelführer sein Ziel zumindest im Wesentlichen erreicht hat. Dies kann der Fall sein, wenn der Angeklagte in 1. Instanz wegen Straßenverkehrsgefährdung gem. § 315c StGB in Tateinheit mit fahrlässiger Tötung verurteilt wurde und die unbeschränkt eingelegte Berufung das Ziel verfolgt, dass der Vorwurf der Straßenverkehrsgefährdung entfällt. Eine Beschränkung des Rechtsmittels auf den Rechtsfolgenausspruch ist dann in der Regel nicht möglich. Erreicht der Angeklagte in der Berufung sein Ziel, ist es gerechtfertigt die gesamten Kosten der Berufung nebst den notwendigen Auslagen des Angeklagten der Staatskasse aufzuerlegen.

Ein Rechtsmittel ist allerdings erfolglos, wenn auf die Revision das Urteil aufgehoben und zurückverwiesen wird, es dort aber zum selben Urteil kommt wie im ersten Durchlauf.

6.4 Besonderheit:

Im Bußgeldverfahren gibt es die Besonderheit des § 109a Abs. 2 OWiG: Verspätet vorgetragene Entlastungsmöglichkeiten können dazu führen, dass eine Kostenerstattung nicht erfolgt. Nach § 25a Abs. 1, Satz 1 StVG erfolgt ebenfalls keine Kostenerstattung, und die Kosten des Verfahrens werden dem Halter auferlegt, wenn wegen eines Halte- oder Parkverstoßes der Führer des Fahrzeuges nicht ermittelt werden kann.

6.5 Die Entscheidung in der Hauptsache ist unanfechtbar

Ist die Hauptsachenentscheidung unanfechtbar, dann ist auch die Kostenentscheidung unanfechtbar. Ansonsten kann die Kostenentscheidung mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden, wenn der Gegenstandswert mehr als 200 € beträgt und keine Entscheidung des BGH oder eines OLG angefochten wird. Wenn kein Rechtsmittel zur Verfügung steht, bleibt alleine die Möglichkeit der Anhörungsrüge gem. § 356a StPO.

6.6 Exkurs: Erstattung der Auslagen des Angeklagten und die Aufrechnung mit Forderungen der Staatskasse

Der Verteidiger muss bedenken, dass die Staatskasse mit Forderungen gegen den Angeklagten aufrechnen kann. Gem. § 43 RVG ist die Aufrechnung aber unwirksam, wenn Anwaltskosten bereits an den Anwalt abgetreten sind. Notwendig ist, dass die Kopie der Abtretungsurkunde zu den Akten gelangt ist und der Verteidiger Gebühren nach RVG geltend macht. Eine Abtretungsvereinbarung in der Vollmacht ist unwirksam (LG Konstanz, Beschl. v. 1.7.2008, 2 Qs 27/08; LG Nürnberg-Fürth, Anwaltsblatt 1976, 166). Einige Gerichte sind der Auffassung, dass Voraussetzung für eine wirksame Abtretung ist, dass der Erstattungsanspruch bestandskräftig festgestellt ist. Dies wiederum setzt voraus, dass ein entsprechendes Urteil zum Zeitpunkt der Abtretung bereits rechtskräftig ist.

Pflichtverteidigergebühren – Aufrechnung

Der Anspruch des Pflichtverteidigers auf gesetzliche Vergütung und sein Anspruch gegen den Angeklagten auf Erstattung der Wahlanwaltsgebühren sind unterschiedlicher Ansprüche. Nach Festsetzung der Wahlverteidigervergütung und Aufrechnung der Staatskassen gegen den Erstattungsanspruch des Angeklagten, kann daher dem Antrag auf Festsetzung der Pflichtverteidigervergütung nicht entgegen gehalten werden, eine Auszahlung der Pflichtverteidigervergütung komme nicht mehr in Betracht, da dies zu einer Doppelbelastung der Staatskasse führe.

BVerfG, Beschluss vom 4.5.2009, 2 BvR 2252/08= VRR 2009, 317

Praxistipp:

Es ist sinnvoll immer eine vorbereitete Abtretungserklärung bereit zu haben. Gleich nach der Hauptverhandlung sollte der Verteidiger eine solche Abtretungserklärung sich von seinem Mandanten unterschreiben lassen.

6.7 Kostenausgleich

Ein Kostenausgleich unter mehreren Beteiligten erfolgt nach § 464b StPO. Die Festsetzung der Vergütung des Wahlverteidigers erfolgt nach § 11 RVG, die des Pflichtverteidigers nach § 55 RVG. Im Strafverfahren ist die Hinzuziehung eines Verteidigers in der Regel notwendig (§ 137 StPO) und die Kosten im Falle des Freispruches erstattungsfähig. Im Bußgeldverfahren wird dies abgelehnt wenn die Geldbuße bis 10 € beträgt und die Sache auch sonst keine Bedeutung hat (§ 109a Absatz 1 OWiG). Dagegen sind in der Regel mehrere Verteidiger nicht notwendig. Ebenso gelten die Mehrkosten durch den Wechsel des Verteidigers nur in Ausnahmefällen als notwendige Kosten. Ausnahmen können Tod, schwere Krankheit oder besonderes Spezialwissen des neuen Verteidigers sein.

Streit gibt es auch regelmäßig über die Reisekosten des auswärtigen Wahlverteidigers. Diese sind nur erstattungsfähig wenn ein mit der Materie besonders vertrauter Rechtsanwalt konsultiert werden muss.

Die Liquidation des Pflichtverteidigers erfolgt gegenüber der Staatskasse. Gemäß § 52 Absatz 1 RVG kann er allerdings die Gebühren des Wahlverteidigers verlangen, wenn der Mandant in der Lage ist, die zusätzlichen Kosten selbst zu tragen. Dies wird fingiert im Falle des Freispruches, da dann ein Erstattungsanspruch gegen die Staatskasse besteht. Der Pflichtverteidiger selbst kann gemäß § 55 RVG Festsetzung der Gebühren und Auslagen gegen die Staatskasse beantragen. Es empfiehlt sich dann gemäß § 25 Absatz 1 RVG nur den überschießenden Anteil gegen den Mandanten festsetzen zu lassen.

Exkurs: Der Verteidiger kann für seinen Mandanten nur dann eine Kostenfestsetzung beantragen, wenn er hierzu berechtigt ist. Dies muss sich aus der Vollmacht ergeben.

Achtung Pflichtverteidiger: Nach Auffassung der Gerichte erlischt die Vollmacht mit der Bestellung zum Pflichtverteidiger.

Entscheidungen im Kostenfestsetzungsverfahren können als sofortige Beschwerde angefochten werden, wenn der Beschwerdewert über 200 € liegt.

6.8 Festsetzung nach § 11 RVG

Der Wahlverteidiger kann gemäß § 11 RVG eine Festsetzung gegen den Mandanten verlangen und damit auf einfachem Wege einen Vollstreckungstitel erlangen. In diesem Verfahren sind nur Einwendungen außerhalb des Gebührenrechts zulässig. In diesem Verfahren können aber nur die gesetzlichen Gebühren festgesetzt werden. Im Festsetzungsverfahren können allerdings nur die Mindestgebühren geltend gemacht werden, es sei denn der Auftraggeber hat der konkreten Höhe der Gebühren ausdrücklich zugestimmt. Dann muss der Verteidiger diese Erklärung mit dem Antrag vorlegen.

6.9 Der Anspruch des Pflichtverteidigers § 55 RVG

Der Pflichtverteidiger ist berechtigt einen Vorschuss auf angefallene Gebühren nach § 47 RVG zu beantragen, ansonsten kann er den Antrag ab Fälligkeit stellen. Fällig ist die Vergütung, soweit die Instanz abgeschlossen ist.

Zuständig für die Festsetzung ist stets das Gericht erster Instanz, auch wenn der Verteidiger erst in einer Rechtsmittelinstanz beigeordnet wurde. Gegen die Entscheidung des zuständigen Urkundsbeamten ist die Erinnerung möglich. Die Erinnerung ist auch möglich, wenn über den Antrag nicht entschieden wird. Dies ist möglich ab einem Zeitpunkt der der

Ablehnung der Festsetzung gleich kommt. Dies sollte spätestens sechs Monate nach Antragstellung der Fall sein. Über die Erinnerung entscheidet der Richter. Gegen dessen Entscheidung innerhalb von 14 Tagen die sofortige Beschwerde möglich, wenn der Beschwerdewert erreicht ist (es sei denn das OLG hat über die Erinnerung entschieden). Geht es um eine Entscheidung der Verwaltungsbehörde, ist ein Antrag gemäß § 62 OWiG möglich.

Die Gebühren des Verteidigers sind Pauschalgebühren, die die gesamte Tätigkeit abgelten. Nur in Ausnahmefällen kann die Gebühr (etwa bei Terminsgebühren) mehrfach gefordert werden. Das RVG unterscheidet zwischen einer vollumfänglichen Vertretung auf der einen Seite, oder Einzeltätigkeiten auf der anderen Seite. Eine Unterbevollmächtigung ist nach RVG nicht vorgesehen. Dies gilt auch für einen „Terminvertreter“.

6.10 Die Höhe der Vergütung

6.10.1 Wahlverteidiger

Für den Wahlverteidiger stehen Rahmengebühren zur Verfügung. Die angemessene Höhe innerhalb des Rahmens bestimmt der Rechtsanwalt (§ 14 Absatz 1 Satz 1 RVG). Maßgeblich sind der zeitliche Umfang der anwaltlichen Tätigkeit, die Schwierigkeit der anwaltlichen Tätigkeiten, die Bedeutung der Angelegenheit für den Auftraggeber, dessen Vermögens- und Einkommensverhältnisse und die besonderen Haftungsrisiken des Verteidigers.

Neu nach RVG wurde eine Pauschgebühr des Wahlverteidigers bestimmt. (§ 42 RVG). Dies ist möglich, wenn die Gebühren des Rahmens angesichts der Höhe nicht mehr zumutbar sind.

Dagegen erhält der Pflichtverteidiger Festgebühren. Auch der Pflichtverteidiger kann gemäß § 51 RVG eine Pauschgebühr beantragen. Maßgeblich sind hierbei Aktenumfang, Arbeiten die kurzfristig oder zur Nachtzeit erbracht werden müssen, Besuche in der JVA, Beweisanträge und Schriftsätze, Dauer des Hauptverhandlungstermins, eigene Ermittlungen und Fahrtzeiten. Berücksichtigt werden können auch das Verfahren abkürzende Gespräche, wenn sie mit einem zeitlichen Aufwand verbunden sind, auch Anzahl der Taten und verbundene Verfahren können eine Rolle spielen.

Die zum RVG gehörende Gebührentabelle unterscheidet zwischen Strafsachen, Bußgeldverfahren, sonstigen Verfahren und den Auslagen. Am einfachsten ist es, mit dem Mandanten eine Vergütungsvereinbarung zu schließen – hierbei sind einige Klippen zu beachten, wenn auch die unverständliche Beschränkung einiger Gerichte auf das fünffache der Höchstgebühr in der Zwischenzeit als unzulässiger Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung durch das Bundesverfassungsgericht für

verfassungswidrig erklärt wurde (BVerfG, Beschluss vom 15.6.2009, 1 BvR 1342/07 = StRR 2009, 318)..

Insbesondere sind Formvorschriften zu beachten. Das OLG Hamm²⁴ hat entschieden, dass eine Honorarvereinbarung, die per Telefax übermittelt wird, nicht den Formerfordernissen gem. § 3 Abs. 1 BRAGO entspricht. Diese Entscheidung wird auf für das RVG anwendbar sein.

6.10.2 Der Pflichtverteidiger

Für den Pflichtverteidiger sind Festgebühren vorgesehen; er hat ebenso wie der Wahlverteidiger Anspruch auf Erhöhung der Gebühren, wenn sich der Mandant in Haft befindet.

6.10.3 Mittelgebühr

Auch im Verfahren wegen Verkehrsordnungswidrigkeiten ist grundsätzlich die Mittelgebühr angemessen. Insoweit reicht es bereits aus, dass das im Bußgeldbescheid als Beweismittel angegebene Videoband in Augenschein genommen wurde.

AG München, Urteil vom 14.1.2007, 222 C 25670/07 = Mittl. 2008, 31

Grundsätzlich ist auch in Bußgeldverfahren des Verkehrsrechts eine Mittelgebühr angemessen. Im vorliegenden Fall war die Regelbuße von 75,00 € wegen Voreintragung auf 110,00 € erhöht worden.

AG Hanau, Beschluss vom 12.1.2007, 55 OWi 169/07 = Mittl. 2008, 31

OWi Vorschuss

Der Rechtsanwalt ist in Verfahren über Verkehrsordnungswidrigkeiten berechtigt, einen Vorschuss in Höhe der Mittelgebühr zu verlangen.

AG Stuttgart, Urteil vom 31.10.2007, 14 C 5483/07 = Mittl. 2008, 33

6.10.4 Gebühren des Beistandes

Der Beistand, der einem Zeugen nach § 68b StPO als Beistand beigeordnet wurde, erhält eine Gebühr für eine Einzeltätigkeit nach VV 4301 Ziffer 4 RVG.

OLG Bamberg, Beschluss vom 14.04.2008, 1 Ws 157/08 = VRS 114, 445

6.10.5 Verteidigung in eigener Sache

Für die Verteidigung in eigener Sache erhält ein Rechtsanwalt keine Gebühren.

LG Berlin, Beschluss vom 27.04.2006, 536 Qs 108/06 = NJW 2007, 1477

²⁴ OLG Hamm, Urteil vom 29.09.2005, 28 U 39/05

6.11 Die Gebührentatbestände

6.11.1 Die Grundgebühr (VV 4100)

entsteht einmalig für das Einarbeiten in den Rechtsfall, gleich in welchem Stadium des Verfahrens man tätig wird. Voraussetzung ist, das erste Gespräch und die Beschaffung der notwendigen Erstinformationen (Akteneinsicht). Im Ordnungswidrigkeitenverfahren wird derselben prozessualen Tat eine angefallene Grundgebühr (VV 5100) auf die im Strafverfahren entstehende Grundgebühr angerechnet.

Soweit der Beschuldigte inhaftiert ist – hierzu reicht die vorläufige Festnahme aus – fällt der Haftzuschlag an. Hierzu zählt auch die Inhaftierung in einer anderen Strafsache oder der offene Vollzug nicht aber die freiwillige stationäre Therapie.

6.11.2 Die Verfahrensgebühr (VV 4102)

Die Verfahrensgebühr fällt an für das Betreiben des Geschäfts, einschließlich der Information.

Terminsgebühr: entsteht für die Teilnahme an gerichtlichen Terminen soweit sie im Gesetz bestimmt sind. Sie erfasst auch die Vorbereitung zu einem Termin.

Im Falle der Nummer 3 der VV 4102 ist allerdings ein Verhandeln notwendig. Wird nur ein kurzer Haftbefehlsantrag bekannt gemacht und ein Haftbefehl erlassen, fällt die Terminsgebühr nicht an. Die Gebühr fällt also nur an, wenn der Verteidiger Anträge stellt oder zu Fragen Stellung nimmt und dadurch versucht die Untersuchungshaft abzuwenden.²⁵ Es soll aber ausreichen, wenn vor Aufruf der Sache mit Staatsanwalt oder Haftrichter die Angelegenheit erörtert wird.

Die Verhandlungsgebühr fällt im Ermittlungsverfahren für je 3 Verhandlungen an unterschiedlichen Tagen an. Finden an einem Tag mehrere Verhandlungen statt, gilt dies als eine einzige Verhandlung.

6.11.3 Terminsgebühr

Vergebliche Anreise ,Vergütungsanspruch Vorbemerkung 4 Abs. 3 Satz 2 VV

Erscheint der Verteidiger in der Hauptverhandlung nach dem er selbst einen Antrag auf Aufhebung des Termins gestellt hat, steht ihm kein Anspruch auf Terminsgebühr zu. Er muss sich vorher erkundigen. Dies gilt auch, wenn der Richter erst am Tag des Termins zu Dienstantritt den Termin aufgehoben hat.

LG Neuruppin, Beschluss vom 4.5.2009, 11 Qs 166/08= VRR 2009, 320

²⁵ OLG Hamm, Beschluss vom 18.12.2005, 2 (s) Sbd VIII 224/05

6.11.4 Befriedungsgebühr

Die Gebühr 5115 VV RVG fällt auch dann an, wenn nach einer Hauptverhandlung ein weiterer Termin notwendig wird und mehr als 14 Tage vor der Hauptverhandlung seitens eines Betroffenen der Einstellung gem. § 47 Abs. 2 OWiG zugestimmt wird.

AG Köln, Urteil vom 2.5.2007, 143 C 160/07 = NZV 2007, 637

Erklärt der Rechtsanwalt für den Angeklagten, dass mit einer Reduzierung der im Strafbefehl festgesetzten Geldstrafe im Beschlusswege einverstanden ist, entsteht die Gebühr 4141 VV RVG.

AG Köln, Urteil vom 10.9.2007, 142 C 231/07 = Mittl. 2008, 29

Das bedingte Einverständnis (für den Fall, dass von einem Fahrverbot abgesehen wird) ist für das Beschlussverfahren gem. § 72 OWiG möglich und akzeptabel. Im Falle der Abrechnung kann der Verteidiger auch die Gebühr Nr. 5115 Anmerkung 1 Z 5 VV RVG abrechnen.

OLG Zweibrücken, Beschluss vom 14.1.2008, 1 Ss 3/08 = VA 2008, 118

6.11.5 Gebühren für die Berufung oder Revision:

Das Einlegen eines Rechtsmittels gehört noch zur Vorinstanz. Gebühren fallen erst an mit einer Tätigkeit in der Rechtsmittelinstanz. Dies kann auch die Rücknahme des Rechtsmittels sein. Die Verfahrensgebühr fällt auch dann an, wenn die Revision mit der allgemeinen Sachrüge begründet wird – dies kann bereits vor der Urteilszustellung geschehen. Nicht ausreichend ist es aber wenn auf die Revision der Staatsanwaltschaft hin, der Verteidiger lediglich erklärt, das Urteils des Tatrichters halte einer Überprüfung Stand. Allgemein wird auch angenommen, dass Gebühren für den Verteidiger erst anfallen, wenn die Staatsanwaltschaft die Revision begründet hat, auf jeden Fall aber das Urteil zugestellt wurde.

Revision RVG 4130 VV

Die Verfahrensgebühr für das Revisionsverfahren entsteht nicht erst durch die Revisionsbegründung, sondern bereits durch die anwaltliche Prüfung und Beratung, ob und ggf. mit welchen Anträgen die Revision begründet werden soll und weiter durchgeführt werden soll. Wird die Revision nicht begründet, fehlt es zwar an einer anwaltlichen Kerntätigkeit im Revisionsverfahren, jedoch ohne dass dadurch die bereits entstandene Verfahrensgebühr wieder entfällt.

KG, Beschluss vom 20.1.2009, 1 Ws 382/08= VRR 2009, 277

6.11.6 Wiederaufnahme

Das Wiederaufnahmeverfahren (die Bestellung zum Pflichtverteidiger besteht weiter) gilt als eigenes Verfahren, es fällt jedoch keine Grundgebühr an. Eine gesonderte Gebühr fällt an wenn durch anwaltliches Mitwirken eine Hauptverhandlung entbehrlich wird. Die

Gebühr fällt auch bei Aussetzung der Hauptverhandlung an, wenn eine neue Hauptverhandlung nicht mehr notwendig ist (VV 4141).

6.11.7 Gesonderte Gebühr

Eine gesonderte Gebühr gibt es auch für Einziehung und verwandte Maßnahmen (Verfall, Vernichtung, Unbrauchbarmachung und Beseitigung) VV 4142 VV 4143 und 4144: für das Adhäsionsverfahren gelten gesonderte Gebühren, der Verteidiger sollte aber insoweit eine gesonderte Beiordnung beantragen.

Einziehung

Eine nach Aktenlage gebotene Beratung des Beschuldigten über die Rechtsfolgen der Einziehung ist von der Staatskasse zu erstatten. Eine solche Beratung ist geboten, wenn die Staatsanwaltschaft dies in der Anklageschrift beantragt.

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 23.8.2007, 3 Ws 267/07 = Die Justiz 2008, 24

6.12 Aktenversendungspauschale

Versendung

Die Regelung der Aktenversendungspauschale nach GVG ist verfassungsgemäß, allerdings darf für die Versendung kein Vorschuss verlangt werden. Voraussetzung für die Fälligkeit der Gebühr ist, dass die Akteneinsicht durch Versendung erledigt wird. Die Akte muss an einen anderen Ort verschickt werden. Die bloße Aushändigung oder Deponierung im Gerichtsfach reicht nicht aus, um die Gebühr auszulösen. Ebenso fällt die Gebühr nicht an, wenn der Verteidiger die Akten durch Mitarbeiter abholt. Allerdings fällt die Versendungspauschale auch an, wenn sie mit einem Dienstfahrzeug statt mit der Post versandt wird.

Feste Gebühren in Bußgeldverfahren

Dieselbe Regelung gilt auch im Recht der Ordnungswidrigkeiten. Die Höhe der Gebühr im Bußgeldverfahren ist gesetzlich in § 107 Abs. 5 OWiG geregelt. Sie beträgt 12 €, bei elektronischer Versendung einer elektronisch geführten Akte fällt eine Gebühr von 5,00 € an. Höhere Gebühren können auch durch eine Satzung nicht bestimmt werden. Vereinzelt ist eine Entscheidung des OLG Koblenz (in Zivilsachen) geblieben, dass die Versendungspauschale auch die Kosten der Rücksendung beinhaltet.

Mit der Aktenversendungspauschale sind nicht auch die bei dem Rechtsanwalt nach Akteneinsichtnahme für die Rücksendung der Akten entstehenden Kosten abgegolten.

OLG Hamm, Beschluss vom 19.12.2005, 2 Ws 300/05 = VRS 110, 57

Wer ist Kostenschuldner?

Verteidiger haben noch bis vor kurzem mit der Position des durchlaufenden Posten argumentiert: danach sollte entscheidend sein, ob

der Anwalt Akteneinsicht und Versendung im Namen des Mandanten oder in eigenem Namen beantragt. Wird die Aktenversendung vom Verteidiger ausdrücklich für den Betroffenen beantragt, handelt es sich um eine durchlaufenden Posten, der nicht umsatzbesteuert wird. Beantragt der Verteidiger dagegen die Versendung im eigenen Namen, wird er Kostenschuldner, so dass die verauslagte Gebühr dem Entgelt zugerechnet wird und damit der Umsatzsteuer unterliegt.

Schäpe, DAR 2008, 114

Diese Auffassung ist nicht mehr haltbar! Kostenschuldner ist der Verteidiger, da nur er alleine Akteneinsicht nehmen kann. Für die Berechnung der Kosten bei dem Mandanten muss der Verteidiger Umsatzsteuer erheben.

BGH, Urteil vom 6.4.2011, IV ZR 232/08 = StRR 2011, 279

Portopauschale und Aktenversendung

Der Verteidiger kann nicht neben der Akteneinsichtspauschale von 12,00 € zugleich die Postauslagenpauschale nach 7002 VV RVG geltend machen. Reisekosten des Verteidigers können, wenn der Angeklagte seinen Wohnort am Sitz des Prozessgerichts hat, in der Regel nicht festgesetzt werden. Eine Hinzuziehung eines auswärtigen Verteidigers ist nur dann notwendig, wenn es sich bei dem Strafverfahren um ein schwieriges und abgelegenes Rechtsgebiet handelt und deshalb ein Verteidiger mit besonderen Kenntnissen herangezogen werden muss. Grundsätzlich sind zwar auch Kosten privater Ermittlungen nicht erstattungsfähig, denn es ist Aufgabe der Strafverfolgungsbehörden den Sachverhalt umfassend zu ermitteln. Ausnahmsweise kommt eine Erstattung von Privatgutachten aber in Betracht, wird im Vorfeld die Entbindung eines von der Staatsanwaltschaft beauftragten Sachverständigen beantragt und detailliert dargelegt, worin die Fehler des bisherigen Gutachtens liegen, kann sich mit Beantragung eines Strafbefehls die Situation für den Angeklagten derart verschlechtern, dass die Hinzuziehung eines eigenen Sachverständigen sachgerecht sein kann.

LG Zweibrücken, Beschluss vom 26.10.2010, Qs 66/10 = VRS 120, 29

6.13 Exkurs: Zeugengebühren

Zeugen, die von der Verwaltungsbehörde schriftlich in Anspruch genommen werden, haben Anspruch auf Zeugenentschädigung. Hierbei ist ein Betrag bei minimalen Aufwand von 10,00 € ausreichend.

AG Karlsruhe, Beschluss vom 18.04.05, 7 OWi 554/04 = SVR 2005, 195= NZV 2005, 655

7 Die zivilrechtliche Haftung des Verteidigers

Weit verbreitet war und ist die Auffassung, dass Haftungsfragen des Verteidigers vernachlässigt werden können, da in diesen Verfahren der Grundsatz der Amtsermittlung gilt. Weil die Mandanten sich Verfahren

dieser Art nicht freiwillig aussetzen und soweit ein Ermessen des Gerichts überhaupt eine Rolle spielt, dieses so stark gebunden ist, dass das Haftungsrisiko vernachlässigt werden kann. Entscheidungen zu diesem Themenbereich gibt es nur vereinzelt, die Literatur hat sich nur selten mit diesem Thema befasst²⁶.

Ein wesentlicher Grund für die geringe Resonanz in der Rechtsprechung ist sicher die Tatsache, dass der Verteidiger in Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahren nicht Vertreter des Beschuldigten ist. Dies hat nicht nur eine theoretische Seite, sondern Versäumnisse und Verschulden des Verteidigers werden in prozessualer Hinsicht dem Beschuldigten nicht zugerechnet. Fristversäumnisse werden daher in der Regel nicht zum Nachteil des Betroffenen berücksichtigt²⁷. Anders als im Zivilrecht ist offensichtlich auch die Bereitschaft der Mandanten geringer, Haftungsfragen der Verteidiger durch Dritte überprüfen zu lassen. Dies könnte daran liegen, dass die strafrechtlichen Rechtsfolgen von den Betroffenen als notwendiges, hinnehmbares Übel empfunden werden und Versuche, die negativen und insbesondere diskriminierenden Folgen – oder zumindest Teile hiervon - eines strafrechtlichen Urteils auf den Verteidiger abzuwälzen, nicht unbedingt nahe liegen²⁸.

Nachfolgend werden die Regressmöglichkeiten des Beschuldigten im Strafverfahren bei Fehlern sowohl seines Verteidigers als auch der Staatsanwaltschaft dargestellt.

7.1 Rechtsgrundlage

Rechtsgrundlage für Schadenersatzansprüche des Mandanten gegen den Strafverteidiger ist meist eine *positive Forderungsverletzung* des Anwaltsvertrages. Dieser wird nach überwiegender Ansicht bei der Wahlverteidigung als Dienstvertrag nach § 611 BGB angesehen,²⁹ der die Wahrnehmung der Verteidigung als entgeltliche Geschäftsbesorgung im Sinne des § 675 BGB zum Inhalt hat. Handelt es sich hingegen um eine Pflichtverteidigung, so finden die §§ 611 ff. BGB aufgrund der Zuweisung durch das Gericht keine direkte Anwendung, es handelt sich dann um ein gesetzliches Schuldverhältnis,³⁰ auf das jedoch die im Dienstvertragsrecht geltenden Normen analoge Anwendung finden.

7.2 Die Pflichten des Verteidigers

Ein solcher Anspruch setzt die Verletzung einer dem Verteidiger obliegenden vertraglichen Haupt- oder Nebenpflicht voraus. Hauptpflicht

²⁶ Krause, NStZ 2000,225; Wickert, PVR 2001,90; Müller NStZ-RR 2003,133

²⁷ Vollkommer, Anwaltshaftungsrecht 1989,298; Borgmann/Haug Anwaltshaftung 3. Auflage, Seite 410

²⁸ Krause, a.a.O.

²⁹ Staudinger/Richardi, Vorbem. § 611 BGB Rn. 1314; Palandt/Putzo, vor § 611 BGB Rn.21; Borgmann/Haug, § 25 Rn. 2.

³⁰ LK/Lüddersen, Vor § 137 StPO Rn. 60 ff.

ist **die fachgerechte Verteidigung**.³¹ Was diese genau umfasst, ist bislang weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur – in der für die Pflichten des zivilrechtlich tätigen Anwalts vergleichbarer Weise – ausgeformt worden. Der BGH hat erst einmal indirekt zum Problem der zivilrechtlichen Haftung des Strafverteidigers Stellung genommen.³² Es handelte sich um den Amtshaftungsprozess eines Klägers, dem per Gerichtsbeschluss die Fahrerlaubnis nach § 111 a StPO trotz Verjährung der Haupttat vorläufig entzogen worden war. Der erkennende dritte Senat verneinte einen Anspruch gegen den Staat auf Ersatz der durch den rechtswidrigen Entzug der Fahrerlaubnis entstandenen Kosten für die Beschäftigung eines Fahrers und verwies ihn auf die zivilrechtliche Haftung seines Verteidigers als anderweitige Ersatzleistung im Sinne des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB.³³

Im Rahmen der inzidenten Überlegungen zur Haftung des Verteidigers definierte der erkennende Senat als Pflicht des Verteidigers im Strafprozess, dass er den Beschuldigten auf für ihn günstige Umstände hinzuweisen und so von sich aus dem Aufkommen von Irrtümern und Versehen des Gerichts entgegenzuwirken habe.³⁴

Allgemein definierte der BGH die Aufgabe des Strafverteidigers in einer anderen Entscheidung dergestalt, dass dieser dem Schutze des Beschuldigten zu dienen und dadurch zur Findung eines gerechten Urteils beizutragen habe.³⁵

Diese Entscheidung formuliert weiter als konkrete Pflicht des Strafverteidigers, sich über den jeweiligen Stand der höchstrichterlichen Rechtsprechung aus den einschlägigen Fachzeitschriften zu informieren.³⁶ Grundsätzlich werden die Pflichten des Verteidigers jedoch von der Rechtsprechung sehr allgemein gehalten. Daher wird seitens der Literatur ein Rückgriff auf die allgemeinen Grundsätze der Anwaltshaftung³⁷ und die Pflichten des zivilrechtlich tätigen Anwaltes³⁸ auch für den Strafverteidiger befürwortet.

Diese Verfahrensweise erscheint sinnvoll, da sie die Pflichten des Strafverteidigers handhabbar macht und sowohl seinen Interessen dient, weil er weiß, was er für eine pflichtgemäße Verteidigung zu beachten hat, als auch die Interessen des Mandanten berücksichtigt, der einen Anhaltspunkt dafür gewinnt, bei welchem Verhalten seines Verteidigers sich dieser regresspflichtig macht.

³¹Schäfer, Schriftenreihe der Bundesrechtsanwaltskammer, Band 12, S. 69.

³²BGH, NJW 1964, 2402 ff.

³³BGH, a.a.O., 2404.

³⁴BGH, a.a.O., 2404.

³⁵BGHSt 13, 337, 343.

³⁶OLG Nürnberg, a.a.O., 482.

³⁷Schäfer, a.a.O., S. 69.

³⁸Zwiehoff, StV 1999, 556.

7.3 Verletzung der allgemeinen Sorgfaltspflichten³⁹

Das OLG Nürnberg sieht es als eine Sorgfaltspflichtverletzung an, wenn der Verteidiger im Rahmen einer Verständigung nicht alle wesentlichen Strafmilderungsgründe zur Sprache bringt.

Es ist ein Verteidigungsfehler, der die Haftung auslöst, wenn der Verteidiger nicht ausdrücklich darauf hinweist, dass eine Freiheitsstrafe von zwei Jahren auch dann zum Verlust beamtenrechtlicher Versorgungsbezüge führt, wenn die Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wird. Unter Berücksichtigung dieses Umstandes wäre eine Reduzierung des Strafmaßes nicht auszuschließen. Eine Haftung kann der Verteidiger in solchen Fällen nur vermeiden, wenn er nachweist, dass auch die fehlerhafte Verteidigungstätigkeit zu keiner weiteren Reduzierung der Strafe geführt hätte. Das OLG führt jedoch ausdrücklich aus: „Im Hinblick auf die Singularität der Strafzumessung und die Unmöglichkeit, einen solchen nachträglich mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu reproduzieren oder nachzuvollziehen, erscheint eine Beweislastumkehr gerechtfertigt. Den Gegenbeweis kann der Anwalt auf Grund des Beratungsgeheimnisses aber nie führen.“

7.4 Zusammenfassung der Pflichten des Verteidigers

- Umfassende und mögliche schützende Belehrung des Auftraggebers
- Ratschlag, wie das erstrebte Ziel erreicht werden kann und Nachteile für den Auftraggeber verhindert werden, die voraussehbar und vermeidbar sind
- Hierzu hat er dem nach Umständen sichersten und ungefährlichsten Weg vorzuschlagen
- Aufklärung über Risiken

Zu den Pflichten gehört es auch, den Sachverhalt erschöpfend zu erarbeiten und entsprechend den Mandanten zu befragen. Im zweiten Schritt erfolgt dann eine Rechtsprüfung unter Berücksichtigung der herrschenden Rechtsprechung, gefolgt von einer zielgerichteten Beratung und Vorschlag des „sichersten Weges.“

Diese Haftungsgrundsätze gelten auch für den **Pflichtverteidiger**. Auch wenn kein Anwaltsvertrag zustande kommt, entsteht ein gesetzliches Schuldverhältnis, dass dem Pflichtverteidiger besondere Pflichten auferlegt und deren schuldhafte Verletzung – der gerade auch darin bestehen kann, dass ein Hinweis auf den Verlust der Beamteneigenschaft

³⁹ OLG Nürnberg StV 1997,482

unterbleibt, zum Schadenersatz führen kann⁴⁰.

Der falsche Rechtsrat eines Verteidigers kann auch dazu führen, dass er Geldbeträge an seinen Mandanten zurückzahlen muss, die dieser in Erfüllung einer Auflage gem. § 153a StPO leistet, um die Inhaftierung auf Grund eines bestehenden Haftbefehls abzuwenden. Der Zweck der Auflage steht der Ersatzfähigkeit nicht entgegen, da es sich nicht um eine Geldstrafe handelt. Eine Geldstrafe, die wegen einer vorsätzlichen Tat verhängt wird, kann nicht im Wege des Schadenersatzes auf andere abgewälzt werden. Diese Einschränkung gilt aber nicht für Auflagen, denn diese sind gerade keine Geldstrafe. Gegen die Schadenersatzpflicht spricht auch nicht, dass der Betroffene sich einer solchen Auflage freiwillig unterwirft. Tritt im Zusammenhang mit den Folgen der zum Schadenersatz verpflichtenden Handlung ein Willensentschluss des Verletzten hinzu, so spricht dies nicht gegen die Ersatzpflicht. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Handlung des Geschädigten und Beschuldigten durch das haftungsbegründende schädigende Verhalten des Beraters im Wesentlichen mitbestimmt worden ist⁴¹.

Die wichtigsten dieser Pflichten sind die umfassende, möglichst **erschöpfende Belehrung** des Mandanten.⁴² Für den Strafprozess bedeutet dies, ihn über seine prozessualen Rechte umfassend zu belehren, aber auch, ihn vom jeweiligen Verfahrensstand in Kenntnis zu setzen.⁴³

Weiter hat der Strafverteidiger den dem Verfahren zugrundeliegenden Sachverhalt sorgfältig rechtlich zu prüfen.⁴⁴ Hierfür wird von ihm neben den allgemeinen Rechtskenntnissen auch die genaue Kenntnis der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum jeweiligen Problemkreis verlangt,⁴⁵ wobei neben den amtlichen Entscheidungssammlungen auch Fachzeitschriften und Kommentare⁴⁶ zur Erlangung dieser Kenntnisse heranzuziehen sind. Bei einem Fachanwalt für Strafrecht sind die Anforderungen höher anzusetzen als bei einem anderen Anwalt. Noch nicht entschieden ist, inwieweit der Anwalt auch Rechtsprechungkenntnis aus dem Internet zu beziehen hat. Da immer mehr Gerichte dazu übergehen, Entscheidungen, teilweise sogar ausschließlich, auf diesem Wege zu veröffentlichen, wird dies in Zukunft eine entscheidende Frage sein. Schließlich ist der Strafverteidiger verpflichtet, bei der Prozessführung den für seinen Mandanten sichersten Weg zu wählen,⁴⁷

⁴⁰ OLG Düsseldorf, StV 2000,430

⁴¹ OLG Braunschweig StraFo 2002,94

⁴² Palandt/Heinrichs, § 276 BGB Rn. 39.

⁴³ Schäfer, a.a.O., S. 70 m.w.N.

⁴⁴ Palandt/Heinrichs, § 276 BGB Rn. 41.

⁴⁵ Zwihehoff, a.a.O., 557; OLG Nürnberg, a.a.O., 483.

⁴⁶ BGHZ 85, 252, 260 f.

⁴⁷ Palandt/Heinrichs, § 276 BGB Rn. 42.

wozu auch gehört, mit diesem zu besprechen, inwieweit er zum Tatvorwurf aussagt, oder von seinem Schweigerecht Gebrauch macht.⁴⁸ Darüber hinaus muss der Strafverteidiger in jeder Verfahrenslage prüfen, inwieweit die erheblichen strafprozessualen Normen von Staatsanwaltschaft und Gericht eingehalten wurden und entsprechend darauf reagieren.

Fehlerbelastet ist häufig auch die **Mandatsannahme und die Beendigung** des Mandates. Wichtig ist, dass der Verteidiger genau erfasst, was der Mandant von ihm erwartet und ihm gegenüber verständlich klarstellt, welche Aufgaben er übernimmt. Sonst kann es zu Haftung auslösenden Missverständnissen kommen. Fragt der Mandant an, ob ein Verteidiger in einer Strafsache, in der er bislang noch nicht tätig war, Akteneinsicht nehmen kann, weil der Mandant Schadenersatzansprüche geltend machen will, muss der Anwalt klarstellen, ob er und in welchem Umfang er das Mandat annimmt. Übersendet er dem Mandanten lediglich ein Schreiben, in dem er bestätigt, dass er „gerne“ für ihn tätig wird, kann der Mandant erwarten, dass der Anwalt – selbst wenn bekannt ist, dass er ausschließlich als Strafverteidiger tätig ist, selbstständig prüft, ob Schadenersatzansprüche bestehen - und diese Ansprüche auch außergerichtlich und gerichtlich geltend macht. Das LG Heidelberg⁴⁹ ist gar der Meinung, dass der Mandant in einem solchen Fall erwarten kann, dass ihm auf jeden Fall eine vollständige Kopie der Gerichtsakten zur Verfügung gestellt wird. Diese Auffassung ist sicher zu weit gefasst, wenn sie auch den Fall umfasst, dass der Mandant Anspruch auf eine Kopie der Akten hat, selbst wenn die Übernahme der Kosten und Auslagen nicht geklärt ist.

Der Verteidiger muss auch klar stellen, wann er seine Tätigkeit beendet. Mandanten erwarten häufig und zu Recht, dass der Anwalt auch nach einer rechtskräftigen Verurteilung noch für ihn tätig wird, sei es Vollstreckungsaufschub beantragt oder bei der Zahlung der Kosten und Geldstrafe behilflich ist, z.B. durch Ratenzahlungsgesuche. Es ist daher notwendig, dass der Verteidiger seinem Mandanten unmissverständlich und ausdrücklich mitteilt, wenn er seine Verteidigeraufgaben als erledigt ansieht.

Die Haftung auslösend kann auch die Weigerung des Verteidigers sein, die Handakten unverzüglich nach Beendigung des Mandates auf Anforderung heraus zu geben.⁵⁰ Der Herausgabeanspruch umfasst alle Teile, die der Rechtsanwalt zur Bearbeitung des Mandates erhalten hat, sei es von dem Mandanten oder von dritter Stelle. Der Anspruch besteht nicht für Teile der Akten, die der Mandant bereits während des Mandates erhalten hat oder dem Mandanten aus anderen Gründen bereits vorliegen.

⁴⁸Schäfer, a.a.O., S. 71.

⁴⁹ LG Heidelberg, Beschl. V. 12.10.2004, 5 T 41/04, s. www.handbuch-verkehrsrecht.de

⁵⁰ BGH NJW 1190, 510

Nach § 50 Abs. 3 BRAO steht dem Anwalt zwar ein Zurückbehaltungsrecht an den Handakten zu, wenn die Vergütung noch nicht vollständig gezahlt wurde. Das Zurückbehaltungsrecht bezieht sich aber nur auf den Teil der Handakten, in dem noch eine Vergütung offen ist: sind z.B. von vier Verfahren drei vollständig bezahlt, kann er allenfalls die Akte zurückhalten, deren Vergütung noch offen ist – die drei anderen Akten muss er herausgeben.

7.5 Verurteilung kein Indiz

Es kann nicht bereits aus einem negativen Verfahrensausgang auf eine Pflichtverletzung des Verteidigers geschlossen werden. Nach dem Charakter des Anwaltsvertrages als Dienstvertrag ist lediglich die pflichtgemäße Verteidigung, nicht jedoch ein Erfolg im Sinne eines Freispruches, einer Einstellung oder einer möglichst geringen Strafe, geschuldet.

7.6 Rechtswidrigkeit und Verschulden

Hat er eine der aufgezeigten, ihm obliegenden Pflichten verletzt, erfordert ein Schadensersatzanspruch deren Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit. Sie werden durch die Pflichtwidrigkeit als solche indiziert und können daher unproblematisch festgestellt werden.⁵¹

7.7 Kausalität

Ebenso problemlos ist die Bejahung der haftungsbegründenden Kausalität. Probleme ergeben sich meist im Zusammenhang mit der haftungsausfüllenden Kausalität. In der Praxis ist es für den Mandanten schwierig, den Beweis der anwaltlichen Pflichtverletzung zu führen, da, ähnlich wie bei einem Arzthaftungsprozess, oft nicht zu beweisen ist, ob die gerügte Pflichtverletzung für den Schaden kausal war.⁵²

Dies liegt daran, dass im zivilrechtlichen Schadensersatzprozess nach Lage der Strafakten entschieden werden muss.⁵³ Der Gang der mündlichen Verhandlung, das Verhalten des Verteidigers dabei, sowie der Entscheidungsprozess des Strafgerichts können nur bedingt aus dem Hauptverhandlungsprotokoll und den Entscheidungsgründen nachvollzogen werden.

7.8 Beweislastumkehr

Erschwerend kommt hinzu, dass der BGH eine Beweislastumkehr zugunsten des Mandanten, gleich der des Patienten im Arzthaftungsprozess, ablehnt.⁵⁴ Abweichend hiervon lässt das OLG Nürnberg in der erwähnten Entscheidung eine solche Beweislastumkehr

⁵¹Zwiehoff, a.a.O., 557.

⁵²Zwiehoff, a.a.O., 559

⁵³Schäfer, a.a.O., S. 73.

⁵⁴Schäfer, a.a.O., S. 73; Zwiehoff, a.a.O., 559, m.w.N.

zu, da es im vorliegenden Fall den Kläger in einer besonderen Beweisnot sieht.

7.9 Schaden

Zuletzt stellt sich im Rahmen der zivilrechtlichen Verteidigerhaftung die Frage nach dem ersatzfähigen Schaden. Grundsätzlich sind im Rahmen der vertraglichen Haftung nur Vermögensschäden zu ersetzen. Dies können beispielsweise die Kosten eines erfolglosen, aufgrund falscher Beratung eingelegten Rechtsmittels sein oder aber auch mittelbare Schäden, wie der im dargestellten Urteil des OLG Nürnberg entfallene Versorgungsanspruch.

Grundsätzlich schmälert eine Geldstrafe das Vermögen des Mandanten und auch aus einer Freiheitsstrafe sind mittelbare wirtschaftliche Nachteile zu erwarten.⁵⁵ Jedoch haben diese Strafen einen höchstpersönlichen Charakter, so dass die Klassifizierung von Freiheits- und Geldstrafen als Schaden fraglich ist.⁵⁶

Auch ein Schmerzensgeldanspruch aus § 253 BGB ist für Fälle einer durch fehlerhafte Verteidigung bedingten Verbüßung einer Haftstrafe denkbar. In diesen Konstellationen ist nach § 253 BGB der immaterielle Schaden, der durch den Aufenthalt in der Justizvollzugsanstalt entstanden ist, zu ersetzen. Als Maßstab für dessen Berechnung wird eine Anlehnung an den in § 7 Abs. 3 StrEG genannten Satz für unrechtmäßige Strafverfolgungsmaßnahmen vorgeschlagen.⁵⁷

7.10 Dritthaftung⁵⁸

Die Beratungs- und Sorgfaltspflicht des Rechtsanwaltes kann sich auch auf Dritte beziehen, die weder Mandanten sind, noch denen der Rechtsanwalt als Pflichtverteidiger beigeordnet war. Der BGH hatte folgenden Fall zu entscheiden: Der Beklagte war Strafverteidiger eines Beschuldigten, der sich in Untersuchungshaft befand. Der Haftbefehl wurde gegen Zahlung einer Kautionsaußer Vollzug gesetzt. Einen Teilbetrag brachte der Beschuldigte über eine Bank auf, die sich als Sicherheit den Rückzahlungsanspruch gegen die Landeskasse abtreten ließ. Weitere 200.000 DM erhielt der Beschuldigte vom Vater seiner damaligen Lebensgefährtin, die der Beschuldigte in der Folgezeit heiratete. Der Schwiegervater ließ sich den Rückzahlungsanspruch gegen die Landeskasse aber nicht abtreten. Die zweite Hälfte der Kautionsaußer wurde über das Unterkonto des Verteidigers an die Gerichtskasse gezahlt, der Beschuldigte kam auf freien Fuß. Zu diesem Zeitpunkt wurde der

⁵⁵Schäfer, a.a.O., S. 73; Zwihehoff, a.a.O., 559, m.w.N.

⁵⁶Zwihehoff, a.a.O., 557 m.w.N.

⁵⁷Zwihehoff, a.a.O., 558.

⁵⁸BGH Urteil vom 20.07.2004, VIII ZR 132/03 = NJW 2004, 3630 mit Anmerkung von Chab

Rückzahlungsanspruch der Kautions durch eine andere Bank gepfändet. In der Folgezeit verstarb der Beschuldigte, der hinterlegte Geldbetrag wurde an die beiden Banken ausgezahlt, der Schwiegervater ging leer aus.

Die Klage des Schwiegervaters gegen den Verteidiger war beim Landgericht und Oberlandesgericht erfolgreich. Beide hatten angenommen, dass ein Treue- bzw. Auftragsverhältnis zustande gekommen sei. Ein entsprechender Vertrag sei konkludent geschlossen worden. Im Rahmen dieser Vereinbarung sei der Anwalt verpflichtet gewesen auch die Vermögensinteressen des Schwiegervaters zu wahren und hätte für eine Abtretung des Rückzahlungsanspruches der hinterlegten Kautions sorgen müssen.

Die Revision des Verteidigers war jedenfalls vorläufig erfolgreich. Das Urteil des OLG wurde aufgehoben und die Sache zur weiteren Entscheidung zurückverwiesen. Der BGH verneint ein Treue- bzw. Auftragsverhältnis, aber auch einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (des Schwiegervaters). Ein solcher Vertrag kann nur angenommen werden, wenn jemand lediglich zufällig vertragslos geblieben sei, aber nach den vorgesehenen Bestimmungen in den Vertrag und die vertraglichen Leistungen hätten einbezogen werden sollen. Vorliegend habe der Verteidiger aber der ausschließlich im Interesse seines Mandanten, des inhaftierten Beschuldigten gehandelt. Aber möglicherweise hätte im vorliegenden konkreten Fall eine besondere Beratungspflicht bestanden.

Der Kläger hatte vorgetragen, dass er bzw. seine Tochter bei Übergabe der Kautions ausdrücklich nach den Risiken gefragt habe und der Beklagtenverteidiger ihnen geantwortet habe, dass einzige Risiko sei, dass der Beschuldigte nach Haftentlassung sich dem Verfahren durch Flucht entzieht. In dieser Rechtsauskunft sah der BGH eine mögliche Haftungsgrundlage. Hierüber war jedoch in den Vorinstanzen kein Beweis erhoben worden. Diesbezüglich hat der BGH aber ausdrücklich festgestellt, dass ein Rechtsanwalt dann haftet, wenn er einen Dritten, mit dem er keinen Vertrag geschlossen hat, auf ausdrückliche Nachfrage eine rechtlich unzutreffende Auskunft über die möglichen Risiken der Stellung einer Kautions unterrichtet. Durch diese Rechtsauskunft kommt es zu vertraglichen Pflichten gegenüber dem Dritten. Wegen Verletzung dieser Pflichten ist eine Haftung nicht ausgeschlossen.

Durch die Entgegennahme von Geld zwecks Kautionszahlung entsteht noch kein Treuhandverhältnis mit dem Geldgeber. Dieses ist in der Regel auch häufig ausgeschlossen, da die Adressen des Mandanten und des Hinterlegers der Kautions nicht immer identisch sind.

Eine zusätzliche vertragliche Verpflichtung ist aber dann in Betracht zu ziehen, wenn sich aus den getroffenen Absprachen oder den besonderen

Umständen des Falles ausnahmsweise etwas anderes ergibt (BGH, NJW 2004, 3630) im Zweifelsfall muss das Gericht aber auch detaillierte Feststellungen zum Inhalt einer Treuhandabrede treffen.
BGH Urteil vom 12.10.2006, IX ZR 103/03 = AnwBl. 2007, 160

7.11 Amtshaftung und Ansprüche gegen den Verteidiger

Auch ein Zusammentreffen gerichtlicher und anwaltlicher Fehler schließt einen solchen Anspruch nicht aus, sofern der Anwalt das pflichtwidrige Verhalten des Gerichts erkannt und nicht verhindert hat.⁵⁹ In diesen Fällen scheidet ein Amtshaftungsanspruch daran, dass der Schadensersatzanspruch gegen den Anwalt eine anderweitige Ersatzleistung im Sinne des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB darstellt.⁶⁰ Ebenso verhält es sich beim Zusammentreffen anwaltlicher und staatsanwaltschaftlicher Pflichtverletzungen.

7.12 Entlastung durch das Bundesverfassungsgericht

Von dieser strengen Haftung der beratenden Rechtsanwälte weicht das Bundesverfassungsgericht jedenfalls in einem Nebensatz ab⁶¹. Zwar wurde die Verfassungsbeschwerde eines in Regress genommenen Rechtsanwaltes nicht zur Entscheidung angenommen, das Gericht setzt sich aber mit den Grundlagen und dem Umfang der Haftung von Rechtsanwälten für Fehler des Gerichts auseinander.

Zwar bejaht das Bundesverfassungsgericht auch in diesem Fall die Haftung, aber nicht weil der Anwalt das fehlerhaft handelnde Gericht nicht darauf hingewiesen hat, dass nach gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung § 323 Abs.1 – 3 ZPO auf Prozessvergleiche nicht anwendbar ist, sondern weil eine fehlerhafte Beratung über die Erfolgsaussichten einer Berufung vermisst wurde. Zur Haftung des Anwalts für Fehler des Gerichts führt das Bundesverfassungsgericht aus, dass die Auffassung des Bundesgerichtshofes, wonach ein rechtsfehlerhaftes Unterlassen eines Gerichts eine Hinweispflicht eines Anwaltes gegenüber dem Gericht auslöst, verfassungsrechtlich bedenklich ist. Mit einer solchen Rechtsauffassung könnte massiv in die Berufsausübungsfreiheit eines Rechtsanwaltes eingegriffen werden, insbesondere wenn er für missverständliche Formulierung haftbar gemacht wird, obwohl es bei einem fehlerfreien Verhalten eines Gerichtes nicht zum Schadenseintritt gekommen wäre.

„Auch wenn einer Amtshaftung wegen des Richterprivileg regelmäßig ausscheidet, legitimiert dies nicht die Haftungsverschiebung zulasten der Rechtsanwälte, ohne in Rechnung zu stellen, dass hierbei deren

⁵⁹Borgmann/Haug, § 28 Rn. 59 m.w.N.

⁶⁰BGH, NJW 1964, 2404.

⁶¹BVerfG, Beschluss vom 12.08.2002, 1 BvR 399/02

Grundrechte berührt werden.“

Die Stellung des Rechtsanwalts als „Organ der Rechtspflege“ führt nicht zu einer ersatzweisen Haftung für Fehler des Gerichts. Dies kann schon gar nicht gerechtfertigt sein, weil Anwälte gem. § 51 BRAO haftpflichtversichert sind. Auch eine Haftung wegen Unterlassung einer „Belehrung des Gerichts bei fehlerhaftem Verhalten“ kann nicht zu einer Haftung führen. Rechtskenntnis und – Anwendung sind vornehmlich Aufgabe der Gerichte. Fehler der Gerichte sind im Instanzenzug zu korrigieren. Soweit dies aus Gründen des Prozessrechts ausscheidet, greift grundsätzlich nicht im Sinne eines Auffangtatbestandes die Anwaltshaftung ein.

7.13 Mangelhafte Verteidigung⁶² - Einzelfälle:

Dem Betroffenen war nach einer Verfahrensdauer von eineinhalb Jahren über einen Zeitraum von zwei Monaten vorläufig die Fahrerlaubnis nach § 111a StPO entzogen. Die Verfolgungsverjährung war bereits vorher eingetreten, drei Monate zuvor hatte der Verteidiger Akteneinsicht und machte die Verjährung erst im Beschwerdeverfahren geltend. Die Klage des Betroffenen auf Entschädigung gegen das Land wurde zurückgewiesen, wegen der Subsidiarität der Amtshaftung.⁶³

7.13.1 Einspruch nach Strafbefehl,

Belehrung über mögliche Erhöhung der Geldstrafe versäumt
OLG Düsseldorf StV 1986, 211.

7.13.2 Fehlerhafte Revisionsbegründung

als Anspruchsgrundlage - Allerdings haftet der Anwalt nicht für mangelhafte Revisionsbegründung, wenn sich herausstellt, dass der Angeklagte zu Recht verurteilt war.
LG Berlin, StV 1991, 307

7.13.3 Beamtenrecht,

Konsequenz der Verurteilung übersehen
OLG Nürnberg, StV 1997, 481; OLG Düsseldorf StV 2000, 430

7.13.4 Haft durch Anwaltsfehler verursacht

Die Verteidigerin hatte versäumt einen Antrag auf Verlegung der Hauptverhandlung zu stellen und unterließ den Hinweis, dass bei einer Ausreise in das Heimatland des Angeklagten das Risiko der Verhaftung besteht. Dies geschah auch und der Mandant war nach seiner Rückkehr 76 Tage in Haft. Das Gericht billigte ein Schmerzensgeld in Höhe von 7000 € zu.⁶⁴

⁶² Siehe auch Johnigk Strafverteidiger 2006, 347; Gercke/Wollschläger HRRS 2006, 185

⁶³ BGH NJW 1964, 2402

⁶⁴ KG Berlin, StV 2005, 449

