

Journal für Strafrecht

JSt

Zeitschrift für
Kriminalrecht,
Strafvollzug
und Soziale Arbeit

Heft 2 • 2010

Die „persönliche Betroffenheit“
von Opfern als Erfordernis
des Rechtsanspruchs auf
Prozessbegleitung

Honoraranspruch des
Rechtsanwalts bei
unterlassener oder falscher
Aufklärung über juristische
Prozessbegleitung

Eigene Ermittlungen des
Strafverteidigers – Ein
Plädoyer für eine aktive
Strafverteidigung

Erste Schritte nach dem
Vertrag von Lissabon
(Teil 1)

Rechtsprechung
– Strafvollzug

Buchbesprechungen



Eigene Ermittlungen des Strafverteidigers – Ein Plädoyer für eine aktive Strafverteidigung

Jan Bockemühl, Regensburg*

Gliederung

- I. Eigene Ermittlungen in Deutschland
 1. Zeugenvernehmung
 2. Hinzuziehung von Hilfspersonen
 - a) Beauftragung von Privatdetektiven
 - b) Beauftragung eines Sachverständigen
- II. Eigene Ermittlungen in Österreich



Jan Bockemühl

Nachfolgend sollen Vorschläge für das Vorgehen bei eigener Ermittlungstätigkeit durch den Verteidiger unterbreitet werden. Ein wesentlicher Punkt besteht dabei in einer lückelosen Dokumentation der eigenen Ermittlungen um in den Fällen, in denen der Vorwurf der unzulässigen Beeinflussung erhoben wird, mittels der Dokumentation den Beweis des zulässigen Handelns führen zu können.

Die **Arbeitsgruppe Strafrecht** und der **Arbeitskreis Berufsrecht des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages** haben sich auf **Grundsätze der Strafverteidigung** verständigt¹. Das Recht auf „eigene Erhebungen des Verteidiger“² ist als 8. Grundsatz aufgeführt.

Der 8. Österreichische StrafverteidigerInnenstag 2010 in Salzburg hat sich zum wiederholten Mal mit dem Thema eigener Ermittlungen des Verteidigers beschäftigt³. *Ruhri*⁴ hatte bereits auf dem 2. StrafverteidigerInnenstag 2004 in Linz zum Thema „Anwaltliche Ermittlungen als Mittel effektiver Verteidigung“ referiert.

Im Rahmen der Diskussion des Themas wurde offensichtlich, dass auch namhafte Strafverteidiger zur Vorsicht bei verschiedenen „Spielarten eigener Ermittlungen“ des Verteidigers mahnen. So warnte der Wiener Strafverteidiger *Rudolf Mayer* vor der Befragung von Zeugen durch den Verteidiger. Werde die Tatsache der Befragung von Zeugen durch den Verteidiger im Prozess offenkundig, so würde automatisch von Seiten der Strafverfolgungsbehörden „Komplizenschaft“ vermutet.

I. Eigene Ermittlungen in Deutschland

Der Beschuldigte hat gemäß § 163a Abs 2 dStPO einen Rechtsanspruch auf Durchführung von Ermittlungen zu seiner Entlastung⁵. Es liegt jedoch auf der Hand, dass die Beantragung von Beweiserhebungen gegenüber der Staatsanwaltschaft gewisse „Gefahren“ mit sich bringen kann. Beweisanregungen an die staatlichen Strafverfolgungsbehörden verbieten sich aus Gründen der Beistandspflicht für den Mandanten nämlich immer dann, wenn das Ergebnis der Beweiserhebung dem Verteidiger nicht bekannt ist⁶. Ist dem Verteidiger das Ergebnis seiner Beweisanregung unbekannt, kann „der Schuss nach hinten losgehen“.

Will der Verteidiger unliebsame Überraschungen vermeiden, hat er eigene Ermittlungen anzustellen. Der Rechtsanwalt als Strafverteidiger hat nicht nur ein Recht auf eigene Ermittlungen im gesamten Strafverfahren, sondern dieses Recht kann „in nicht wenigen Fällen zu einer Pflicht“⁷ werden. Die eigene Ermittlungstätigkeit des Strafverteidigers

* Der Autor ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht und ausschließlich auf dem Gebiet der Strafverteidigung tätig. Er ist zudem Lehrbeauftragter für Strafprozessrecht an der Universität Regensburg und Herausgeber des **Handbuchs des Fachanwalts Strafrecht**, welches bereits in 4. Aufl. 2009 erschienen ist.

1 Diese sind abgedruckt im *öAnwBl* 2007, 183 ff.

2 Die Grundsätze sprechen von „**Erhebungen**“ und nicht von „**Ermittlungen**“ des Strafverteidigers, da ein Ermittlungsrecht nur den staatlichen Strafverfolgungsbehörden zustehen soll; arg §§ 91 Abs 2, 103 StPO. Der Streit um die Nomenklatur soll hier nicht entschieden werden. Es wird in diesem Beitrag weiterhin von eigenen Ermittlungen des Strafverteidigers gesprochen. Vgl zur Streitstand in Deutschland *Bockemühl* Private Ermittlungen im Strafprozess – Zugleich ein Beitrag zur Lehre von den Beweisverboten (1996) 32.

3 *Christoph Jäger*, Wien referierte zu den **Möglichkeiten der Kooperation von Verteidigung und DetektivInnen** und Oberst *Wolfgang Haupt*, Landeskriminalamt Wien, stellt die **Tatort-**

mittlung aus Beschuldigtenperspektive dar. Die Moderation lag bei *RA Dr. Rudolf Mayer*, Wien.

4 *Ruhri* in *Soyer* (Hg), *Strafverteidigung – Konflikte und Lösungen* (2004) 49 ff.

5 § 163a Abs 2 dStPO lautet: Beantragt der Beschuldigte zu seiner Entlastung die Aufnahme von Beweisen, so sind sie zu erheben, wenn sie von Bedeutung sind.

6 So *Bockemühl* (FN 2), 40 ff; *Jungfer*, *Strafverteidiger und Detektiv*, StV 1989, 498 (495); *Quedenfeld*, *Beweisantrag und Verteidigung* in den Abschnitten des Strafverfahrens bis zum erstinstanzlichen Urteil, in *Wasserburg/Hadenhorst* (Hg), *Festgabe für Peters* (1984) 219 (215); *Schlothauer*, *Vorbereitung der Hauptverhandlung durch den Verteidiger*² (1998) Rz 45.

7 *Baumann*, *Eigene Ermittlungen des Verteidigers* (1999) 61; *Krekeler*, *Berufsrecht des Strafverteidigers*, *dAnwBl* 1989, 471 (470), weisen hierauf zutreffend hin; vgl auch *Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer* *Thesen zur Strafverteidigung*,

hat in diesem Zusammenhang Vorprüfungscharakter⁸ und dient der Vorbereitung der Beweisanregung iSv § 163a Abs. 2 dStPO. Diese Überprüfungspflicht gilt auch für vermeintlich „bekannte Zeugenaussagen“, die dem Verteidiger von seinem Mandanten präsentiert werden. Die tägliche Erfahrung mit solchen „Entlastungszeugen“ lehrt, dass der Mandant die Informationsquelle, den Inhalt der zu erwartenden Zeugenaussage zu euphorisch, zu optimistisch einschätzt⁹. Teilweise „bestätigen“ diese mutmaßlichen Entlastungszeugen jedoch auch genau das Gegenteil von dem, was der Mandant erhofft. Will man vermeiden, dass dieser „Zeuge der Verteidigung“ zum „Kronzeugen der StA“ wird, sind Ermittlungen der Verteidigung unumgänglich¹⁰.

Die Strafprozessordnung selbst normiert zwar nicht ausdrücklich ein Recht auf Ermittlungen des Verteidigers, geht jedoch an vielen Stellen von einem „aktiven, das Verfahren mitgestaltenden“ Verteidiger aus¹¹. Das Recht und die Zulässigkeit auf private Ermittlungen des Strafverteidigers werden auch nicht mehr ernsthaft in Frage gezogen¹².

Die Einschätzung einiger Autoren, dass die Bedeutung eigener Erhebungen in der (täglichen) Praxis der Strafverteidiger „nicht allzu groß“ ist¹³, ist leider traurige Realität. Zeit- und Geldmangel sind hier sicherlich oft als tragende Gründe anzuführen. Hinzu kommen Unkenntnis über die rechtlichen Grenzen und Möglichkeiten privater Ermittlungen und Scheu vieler Verteidiger vor privater Ermittlungstätigkeit, die durch viele Gerichte und Staatsanwaltschaften – trotz eindeutiger Rechtslage – noch mit Misstrauen beäugt werden¹⁴. Eine Verteidigung lege artis sollte jedoch – in geeigneten Fällen – nicht vor eigener Ermittlungstätigkeit zurückschrecken. Diese darf und soll auch nicht vom Geld abhängig gemacht werden¹⁵.

Nachdem eigene Ermittlungstätigkeit des Verteidigers bei den Strafverfolgungsbehörden und Gerichten immer noch auf Misstrauen stößt¹⁶, sollte der Verteidiger sich bei seinen Recherchen immer an die straf- und berufsrechtlichen Grenzen halten.

Folgende Ermittlungsformen kommen i.d.R. in Betracht:¹⁷

- Vernehmung von Zeugen,
- Einholung von Auskünften,
- Besichtigung des Tatortes und Fertigung von Tatortfotos und -skizzen und
- Hinzuziehung von Hilfspersonen (Sachverständige, Detektive und sonstige Hilfskräfte).

1. Zeugenvernehmung

Die **Befragung von Zeugen** ist sicherlich der bedeutsamste Fall eigener Ermittlungstätigkeit des Verteidigers und zugleich auch der heikelste. Die außergerichtliche Befragung von Zeugen ist sowohl in Fällen, in denen die Strafverfolgungsbehörden bereits tätig geworden sind, aber auch in Fällen, in denen der Verteidiger erstmalig tätig wird, unzweifelhaft zulässig. Es gibt kein Primat für eine staatsanwaltschaftliche oder polizeiliche Zeugenbefragung¹⁸. Allerdings hat der Verteidiger penibel darauf zu achten, dass er alles unterlässt, was auch nur den Anschein einer Zeugenbeeinflussung zugunsten seines Mandanten aufkommen lassen könnte¹⁹.

Die **Kontaktaufnahme mit dem Zeugen** sollte grundsätzlich in schriftlicher Form erfolgen. Der Zeuge ist in dem Anschreiben auf die Verteidigereigenschaft des Rechtsanwaltes, auf die anwaltliche Tätigkeit im Rahmen eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens sowie auf die Befugnis des Verteidigers zur Durchführung von eigenen Ermittlungen hinzuweisen. Ferner sollte bereits mit die-

1992, These 25 (III): „Im Einzelfall kann der Verteidiger zu eigenen Erhebungen verpflichtet sein.“; ebenso KMR-Eschelbach, Kommentar zur Strafprozessordnung, vor § 213 Rz 33; BGHSt 46, 53, 56.

8 So Rückel, Strafverteidigung und Zeugenbeweis (1988) Rz 9; ebenso Stern, Strafverteidiger Forum 1992, 58 f, mit Hinweis auf die Substantiierungspflicht iRd Beweisantragsrechts. Private Ermittlungen ermöglichen teilweise erst der Verteidigung die Anknüpfungstatsachen für den Beweisantrag dem Gericht mitzuteilen.

9 Ebenso Rückel (FN 8), Rz 9.

10 So auch Beulke, Die Strafbarkeit des Verteidigers (1989) Rz 86; Stern (FN 8), 58.

11 Vgl Baumann (FN 7), 37 f; Bockemühl (FN 2), 32 ff; Jungfer, Eigene Ermittlungstätigkeit des Strafverteidigers, Stv 1981, 101 f (100); Wehrauch, Verteidigung im Ermittlungsverfahren⁶ (2002) Rz 93.

12 Vgl Bockemühl (FN 2), 32 ff; Ignor/Peters, Beck'sches Formularbuch für den Strafverteidiger⁵ (2010) III. 9 Anm 1 mwN; KMR-Eschelbach, Kommentar zur Strafprozessordnung, vor § 213 Rz 32 ff; KMR-Hiebl, Kommentar zur Strafprozessordnung, vor § 137 Rz 24.

13 Burhoff, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren⁸ (2010) Rz 619; Wehrauch (FN 11), Rz 97 mN.

14 Ebenso Burhoff (FN 13), Rz 619 mwN.

15 Ein schönes Beispiel für eigene Ermittlungen des Pflichtverteidigers liefert Deckers, Ein Fall für die Justiz – Pflichtverteidigung in Deutschland, in Bandisch (Hg), Festgabe für Friebertshäuser (1997) 75 ff.

16 Vgl für Österreich nur Aistleitner in Soyer (Hg), Strafverteidigung – Konflikte und Lösungen (2004) 72.

17 Zu den verschiedenen Spielarten eigener Ermittlungstätigkeit vgl Bockemühl in Handbuch des Fachanwalts Strafrecht⁴ (2009) 2. Teil 1. Kapitel Rz 85; Bockemühl (FN 2), 38 ff; Burhoff (FN 13), Rz 620; König, Wege und Grenzen eigener Ermittlungstätigkeit des Strafverteidigers, StraFo 1996, 98 ff; Wehrauch (FN 11), Rz 98.

18 Bockemühl (FN 2), 35; Pfordte/Degenhard, Der Anwalt im Strafrecht (2005), § 4 Rz 41; Stern, Strafverteidiger Forum 1992, 58, 60 f.

19 Burhoff (FN 13), Rz 624; Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer Thesen zur Strafverteidigung, 1992, These 25 Anm 3, These 28 (III): „Der Verteidiger achtet darauf, dass schon der Anschein der Unlauterkeit vermieden wird“.

sem Anschreiben dem Zeugen eine sog »Zeugenerklärung« mitgeschickt werden²⁰. Ein solches **Anschreiben an den Zeugen** könnte wie folgt aussehen²¹:

Sehr geehrter Herr X,

als Verteidiger von Herrn Y wende ich mich in dem gegen Herrn Y geführten strafrechtlichen Ermittlungsverfahren an Sie, da Sie sachdienliche Angaben machen können sollen. Als Verteidiger steht mir das Recht zu, Zeugen über ihr Wissen zu befragen. Dieses würde ich gerne in einem persönlichen Gespräch tun. Hierbei werde ich Sie dann auch über die weiteren Rechte und Pflichten eines Zeugen belehren.

Ich schlage Ihnen als Besprechungstermin den ... in meinen Kanzleiräumen vor. Fahrtkosten und Verdienstaussfall werden Ihnen selbstredend nach den gesetzlichen Vorgaben erstattet. Ich übersende Ihnen ferner eine von mir vorbereitete Zeugenerklärung, die Sie bitte zu unserer Besprechung mitbringen.

Rechtsanwalt

Die Zeugenerklärung sollte dem Zeugen bereits vor der Besprechung in der Kanzlei vorliegen, um hier das Gefühl des Übereumpeltwerdens erst gar nicht aufkommen zu lassen²². Ein solches Schreiben könnte wie folgt gehalten werden²³:

Erklärung:

Am heutigen ... erschien ich auf Ersuchen von RA ... in dessen Kanzleiräumen in ... RA ... hat mir erklärt, dass er als Verteidiger von Herrn Y in dem gegen Y geführten Ermittlungsverfahren der StA ... wegen des Vorwurfs ... tätig ist.

Ich bin durch RA ... über dessen Recht auf Durchführung eigener Ermittlungen, insbe-

sondere eigener Zeugenbefragungen hingewiesen worden.

Ich wurde darüber belehrt, dass es mir freisteht gegenüber RA ... Angaben zu machen, da mich keine Aussagepflicht und ebenso keine strafbewehrte Wahrheitspflicht vor einem Rechtsanwalt trifft.

In Kenntnis dieser Tatsache möchte ich jedoch hier gegenüber RA ... wahrheitsgemäße Angaben machen und erkläre, dass meine nachfolgenden Angaben richtig und vollständig sind.

(Es folgt die Aussage)

RA ... hat diese Aussage in meinem Beisein und nach meinen Angaben diktiert. Als Gesprächszeuge war Rechtsreferendar²⁴ Z anwesend. Ich habe die schriftliche Ausfertigung der Aussage gelesen und bestätige die Richtigkeit mit meiner Unterschrift.

Zeuge

Die Befragung des Zeugen sollte idR in der Kanzlei des Verteidigers stattfinden. Hier sollte der „Heimvorteil“ genutzt werden. Aber auch das Aufsuchen des Zeugen und die telefonische Befragung sind selbstredend zulässig und in besonders eiligen Fällen probate Ermittlungshandlungen des Verteidigers²⁵. Die Befragung des Zeugen ist gut vorzubereiten, und deswegen empfiehlt sich auch die Vernehmung durch den „sachbearbeitenden“ Rechtsanwalt, da nur so – mit vertretbarem Aufwand – die sachgerechte Befragung mittels Vorhaltungen aus der Akte möglich ist²⁶. Zu der Befragung sollte idR ein Gesprächszeuge hinzugezogen werden²⁷. Die Vernehmung ist zu protokollieren. Ob der Verteidiger hierbei die Form des Gedächtnisprotokolls oder eine „wörtliche Protokollierung“ wählt, sollte vom Einzelfall abhängig gemacht werden. IdR ist jedoch die sofortige Protokollierung im Beisein des Zeugen angezeigt. Hat sich der Verteidiger für die Protokollierung entschieden, so ist der gesamte Inhalt der Zeugenaussage aufzunehmen. Hierbei ist auch darauf zu achten, dass die Aussage nicht „geschönt“ wird und möglicherweise belastende Umstände in der Aussage unterschlagen

20 Bockemühl (FN 17), Rz 87 mwN; Ignor/Peters (FN 12), III 10 Anm 7; vgl zur Zeugenerklärung den Formularvorschlag unten.

21 Bockemühl (FN 17), Rz 88; vgl hierzu auch Burhoff (FN 13), Rz 628; Ignor/Peters (FN 12), III 10.

22 Ebenso Ignor/Peters (FN 12), III 10 Anm 7.

23 Bockemühl (FN 17), Rz 89; ebenso Ignor/Peters (FN 12), III 11.

24 Es empfiehlt sich immer, einen Gesprächszeugen zu der Zeugenvernehmung hinzuzuziehen. Hierbei kann es sich auch um einen Mitarbeiter der Kanzlei handeln; ebenso König (FN 17) 100.

25 Bockemühl (FN 17), Rz 90; Rückel (FN 8), Rz 20.

26 Ebenso Gillmeister in Mehle/Brüssow/Gatzweiler/Krekeler (Hg), Strafverteidigung in der Praxis⁴ (2007) § 2 Rz 191. Krekeler, Probleme der Verteidigung in Wirtschaftsstrafsachen, wistra 1983, 43, 48 (43), schlägt hingegen die Befragung durch einen Rechtsanwalt, der nicht Verteidiger ist, vor.

27 Als Gesprächszeuge scheidet der Mandant immer aus.

werden. Der Verteidiger unterliegt auch insofern der Wahrheitspflicht²⁸. Das Protokoll sollte nach Möglichkeit sofort in der Kanzlei geschrieben werden und dem Zeugen zum Lesen gegeben oder – in Fällen, in denen ein Abwarten bis zur Fertigstellung nicht möglich ist – ihm kurzfristig zur Korrektur übersandt werden. Die so erstellte Aussage darf vom Verteidiger im späteren Verfahren verwertet werden. Dieses ist im Wege des Vorhalts oder in Extremfällen auch durch Vorlage des gefertigten Protokolls möglich²⁹.

2. Hinzuziehung von Hilfspersonen

Der Verteidiger ist ebenso befugt, Ermittlungsgehilfen zum Zwecke eigener Erhebungen hinzuzuziehen. In Betracht kommen hier insbesondere die Beauftragung von Privatdetektiven und Sachverständigen.

a) Beauftragung von Privatdetektiven

Die **Beauftragung eines Privatdetektivs** kann für die Aufklärung des Sachverhaltes und zur Ermittlung von (weiteren) Zeugen von essentieller Bedeutung sein. Der Strafverteidiger wird hier idR an logistische und technische Grenzen stoßen. Detektive können als sog Beweisnothelfer fungieren und dem Strafverteidiger in Fällen falscher Zeugenaussagen, fehlender Beweise und bei unzureichender Sachverhaltsermittlung durch die Strafverfolgungsbehörden von unschätzbbarer Hilfe sein³⁰.

Nachdem es naturgemäß auch bei den Detektiven „schwarze Schafe“ gibt, soll der Verteidiger große Aufmerksamkeit auf die Auswahl der Detektei legen, mit der die Verteidigung zusammenarbeiten möchte. Nur seriös arbeitende Detekteien, die sich der „Berufsordnung der Detektive in Deutschland“³¹ verschreiben, sollten in Betracht kommen. Die Berufsordnung dient den nach ihr arbeitenden Detekteien quasi als „Ehrenkodex“ und bürgt idR für Qualität und Legalität der Ermittlungsarbeit³².

Die drei führenden Detektiv-Dachverbände – Bundesverband Deutscher Detektive (BDD), Bund Internationaler Detektive e.V. (BID) und der Deutscher Detektiv-Verband e.V. (DDV) – haben sich 1986 zur Zentralstelle für die Ausbildung im Detektivgewerbe (ZAD)³³ verbunden mit dem Ziel seinen Mitgliedern eine einheitliche, seriöse und qualifizierte Berufsausbildung zu gewährleisten³⁴.

In jedem Fall sollte der Detektiv durch den Verteidiger und nicht durch den Mandanten beauftragt werden³⁵. Nur so steht dem **Detektiv ein Zeugnisverweigerungsrecht** gemäß § 53a dStPO zu³⁶. Der Verteidiger sollte den Auftrag klar umgrenzen. Ferner sollte der Kostenrahmen festgelegt werden. Der Detektiv ist in einem Auftragschreiben³⁷ darauf hinzuweisen, dass nur gerichtsverwertbares Material beschafft werden darf und dass er der Verschwiegenheit unterliegt (§§ 203 Abs 3 iVm 203 Abs 1 Nr 3 dStGB).

Die Gewährung von Akteneinsicht – soweit erforderlich – an den beauftragten Detektiv begegnet keinerlei Bedenken³⁸. Dieses ergibt sich – für den Fall, dass der Detektiv durch den Verteidiger beauftragt wurde – direkt aus § 19 Abs. 1 S. 1 Berufsordnung für Rechtsanwälte³⁹.

Ein *Anschreiben an die beauftragte Detektei* könnte wie folgt gestaltet werden:⁴⁰

Detektei XY-Ungelöst
 Sehr geehrter Herr XY,
 ich nehme Bezug auf unser soeben geführtes Telefonat und erteile Ihnen den Auftrag zur Beschaffung von gerichtsverwertbarem Beweismaterial in dem gegen meinen Mandanten geführten Ermittlungsverfahren. Die zu beschaffenden Beweismittel müssen mithin in gesetzlich zulässiger Art und Weise erlangt sein (auf die Präambel und § 42 der

28 Gillmeister (FN 26), § 2 Rz 192; es ist eine ganz andere Frage, ob solche Erkenntnisse durch den Verteidiger anschließend verwertet werden können. Die Verwertung scheidet mit Blick auf die Beistandfunktion selbsttendend aus.

29 Gillmeister (FN 26), § 2 Rz 184; Weihrauch (FN 11), Rz 113.

30 Vgl Baumann (FN 7), 116 f; Jungfer (FN 6), 495 ff; Kocks, Was tun Detektive und wem dienen sie?, in Berg/Dessau/Kocks, Detektiv-Berufsbildung⁵ (1997) 30, 31 ff.

31 Die „Berufsordnung“ ist abgedruckt bei Berg/Dessau/Kocks, Detektiv-Berufsbildung⁵ (1997) 136 ff.

32 Bockemühl (FN 2), 44.

33 Siehe die homepage www.z-a-d.de.

34 Kocks, Qualifikation durch die ZAD-Bildungsprogramme, in Berg/Dessau/Kocks, Detektiv-Berufsbildung⁵ (1997) 67 ff; bei der Detektiv-Zentralstelle für die Ausbildung, Zur Boeckelt 20,

47608 Geldern, können auch geeignete Detekteien erfragt werden.

35 Bockemühl (FN 2), 47; Krey, Problematik privater Ermittlungen 72; aA Gillmeister (FN 26), § 2 Rn. 195.

36 Die rechtliche Stellung des Detektivs als Berufshelfer iSv § 53a dStPO ist durchaus str. Vgl zum Streitstand Baumann (FN 7), 155 ff; Bockemühl (FN 2), 45 ff; Jungfer (FN 6), 504; die hM verneint die Berufshelfereigenschaft; Meyer-Goßner, Strafprozessordnung⁵² (2010) § 53a Rz 2; Senge in Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung⁶ (2008) § 53a Rz 3.

37 Vgl unten.

38 Jungfer (FN 6), 499; König, Strafverteidiger Forum 1996, 98, 102; Weihrauch (FN 11), Rz 100.

39 Ebenso Burhoff (FN 13), Rz 624.

40 Bockemühl (FN 17), Rz 100; Ignor/Peters (FN 12), III. 15.

Berufsordnung für Detektive in Deutschland wird verwiesen).

Den Kostenrahmen für Ihre Nachforschungen haben Sie mit € ... bis € ... zzgl gesetzlicher Mehrwertsteuer beziffert. Dieser Kostenrahmen ist zwingend einzuhalten. Sollten nach Ihrer Auffassung im Verlauf der Auftragsbearbeitung weitere, kostenauslösende Tätigkeiten notwendig werden, so sind diese unbedingt abzusprechen.

Für eine Zwischenberichterstattung wäre ich Ihnen dankbar. Bitte unterzeichnen Sie beigefügte Mitarbeiter-Verschwiegenheitserklärung und senden diese an mich zurück.

Ich stelle Ihnen hiermit ebenfalls die für Ihre Tätigkeit relevanten Teile der Verfahrensakte in Kopie zur Verfügung. Wie schon telefonisch besprochen sind für uns folgende Fragen verfahrensrelevant:

(kurze Schilderung der relevanten Fragestellungen)

Rechtsanwalt

Die **Erklärung über die Verschwiegenheitsverpflichtung** ist nach § 2 Abs. 4 Berufsordnung für Rechtsanwälte zwingend erforderlich, da hiernach der Rechtsanwalt „seine Mitarbeiter und alle sonstigen Personen, die bei seiner beruflichen Tätigkeit mitwirken, zur Verschwiegenheit (§ 43a Abs 2 Bundesrechtsanwaltsordnung) ausdrücklich zu verpflichten und anzuhalten“ hat⁴¹.

Belehrung über die Verschwiegenheitspflicht

Herr XY von der Detektei XY-Ungelöst wurde heute darüber belehrt, dass ihn nicht nur die Verschwiegenheitsverpflichtung des § 4 der Berufsordnung für Detektive in Deutschland trifft, sondern zudem für alle Tätigkeiten in der Mandatsangelegenheit ..., die Verpflichtung zur Verschwiegenheit gemäß §§ 203 Abs. 3 i.V.m. 203 Abs. 1 Nr. 3 dStrafgesetzbuch.

(Es folgt der entsprechende Wortlaut aus dem dStGB)

Herr XY wurde ferner darauf hingewiesen, dass die Verpflichtung zur Verschwiegenheit

auch nach Beendigung des Mandatsverhältnisses und auch nach Beendigung des Mitarbeiterverhältnisses fortbesteht; § 2 Abs. 2, 4 Berufsordnung für Rechtsanwälte.

(Es folgt der entsprechende Wortlaut aus der Berufsordnung für Rechtsanwälte)

Abschließend wurde Herr XY darüber belehrt, dass die Schweigepflicht berechtigt und verpflichtet, das Zeugnis über Tatsachen zu verweigern, die ihm durch die Mitarbeit in der Kanzlei bekannt geworden sind, § 53a dStrafprozessordnung.

(Es folgt der entsprechende Wortlaut aus der dStPO).

Rechtsanwalt

Unterschrift Detektiv

Werden diese Grundsätze bei der Beauftragung von Detektiven durch den Verteidiger eingehalten, sollte keine „furchtsame Scheu vor der Beauftragung von Detektiven“⁴² bestehen. Die Heranziehung von Detektiven zum Zwecke der Beweismittelgewinnung gehört – in geeigneten Fällen – zum Handwerkszeug eines Strafverteidigers⁴³.

b) Beauftragung eines Sachverständigen

Die Beauftragung eines **Sachverständigen** durch die Verteidigung ist in vielen Verfahren unumgänglich. Die Einschaltung eines Sachverständigen durch die Verteidigung kann bereits im Ermittlungsverfahren sinnvoll sein. Sie kommt sowohl in Betracht, wenn durch die Strafverfolgungsbehörden bereits ein Sachverständiger beauftragt wurde, als auch dann, wenn die Verteidigung sachverständiger Hilfe bedarf⁴⁴.

Der Verteidiger wird in beiden Fällen der Beauftragung eines Sachverständigen mit dem Misstrauen der Strafverfolgungsbehörden und Gerichte zu kämpfen haben. Zu tief verwurzelt ist die Vorstellung von „Gefälligkeitsgutachten“ oder „Privatgutachten nach den Wünschen des Auftraggebers“⁴⁵. Die Bedenken sind jedoch ungerechtfertigt⁴⁶. Schon die Eidesformel des § 79 Abs 2 dStPO verlangt eine neutrale Rolle des Sachverständigen⁴⁷. Zudem kann auch das Argument der „wirtschaftlichen Abhängigkeit“ derjenigen Sachverständigen, die von der Verteidigung beauftragt werden und

41 Vgl zu den Regelungen nach der neuen Berufsordnung *Pfordte/ Gotzens*, BRAK-Mitt 1997, 82 ff.

42 Diese stellt *Jungfer* (FN 6), 495, noch fest.

43 Ebenso *Jungfer* (FN 6), 495

44 *Ignor/Peters* (FN 12), III, 13, Anm 1.

45 Vgl nur *Cabanis*, Gerichts- und Privatgutachten, StV 1986, 451, 452 ff (451).

46 Ebenso *Detter*, Der von der Verteidigung geladene psychiatrische Sachverständige, in *Eser/Goydke/Maatz/Meurer* (Hg), Festschrift für Meyer-Goßner (2001), 431, 437.

47 Hierauf weist *Krekeler*, Strafverteidigung mit einem und gegen einen Sachverständigen, StraFo 1996, 5, zutreffend hin.

aus diesem Grund im Verdacht stehen parteiische Gutachten zu erstatten⁴⁸, nicht verfangen. Gerade das Gegenteil ist der Fall. Sachverständige, die lediglich für die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte tätig sind, können sich in einer Abhängigkeit befinden⁴⁹. Sachverständige, die bereit sind, auch für Strafverteidiger tätig zu sein, dokumentieren vielmehr ihre Unabhängigkeit vom jeweiligen Auftraggeber⁵⁰. Trotzdem wird der Verteidiger, der einen geeigneten Gutachter sucht, Probleme haben einen Sachverständigen zu finden, der für einen Gutachtenauftrag durch die Verteidigung zur Verfügung steht.

Hinzu kommen selbstredend die finanziellen Probleme. Nur wenige Mandanten können sich die Kosten eines (weiteren) Gutachters leisten⁵¹. Um die finanzielle Belastung für den Mandanten überschaubar zu halten und um erst mal auszuloten, ob der Sachverständige zu einem für den Mandanten positiven Ergebnis gelangt, sollte dem Sachverständigen aufgegeben werden zunächst lediglich ein Kurzgutachten zu erstellen. Erst wenn das Ergebnis der Begutachtung für den Mandanten positiv ausgefallen ist, sollte dann ein ausführliches Gutachten zur Vorlage bei der StA oder dem Gericht gefertigt werden⁵².

Ist bereits ein Sachverständiger durch die Strafverfolgungsbehörden beauftragt worden und liegt dessen schriftliches (Vor-)Gutachten bereits vor, kommen zwei Vorgehensweisen in Betracht. Hier ist die Anfertigung eines Methodengutachtens eine Möglichkeit der Einbindung eines weiteren Sachverständigen. Der Gutachter fertigt lediglich ein Gutachten über die wissenschaftliche Qualität des bisherigen Gutachtens an. Kommt der Sachverständige, der durch die Verteidigung beauftragt wurde, die wissenschaftliche Güte des bisherigen Gutachtens zu beurteilen, zu dem Ergebnis, dass das „Erstgutachten“ fehlerhaft ist, ist der Verteidigung die Möglichkeit eröffnet mit diesem Methodengutachten auf die Einholung eines weiteren

Sachverständigengutachten zu drängen. Ferner kann der Verteidiger den Sachverständigen direkt mit der Erstattung eines „Zweitgutachtens“ beauftragen.

In jedem Fall stellt sich die Frage, wie dem durch die Verteidigung beauftragten Sachverständigen der Zugriff zu den Beweismitteln eröffnet wird. Es bleibt hier teilweise keine andere Möglichkeit als diejenige, dass der Verteidiger mit dem von ihm beauftragten Sachverständigen die Beweismittel auf der Dienststelle in Augenschein nimmt. Ist der Mandant inhaftiert und muss der Mandant selbst (mit Blick auf §§ 20, 21 dStGB) begutachtet werden, so muss der Verteidiger „seinem Sachverständigen“ den Zutritt zu dem Mandanten verschaffen. Der durch die Verteidigung beauftragte Sachverständige hat durch die StA und Gerichte die gleichen Möglichkeiten der Begutachtung eingeräumt zu bekommen wie der „gerichtliche Gutachter“. Die Unsitte, dem Gutachter der Verteidigung lediglich einen „Sprechschein für 30 Minuten“ zu erteilen, ist mit dem Grundsatz der Waffenleichheit und einem fairen Verfahren nicht zu vereinbaren.

Der Gutachter ist in jedem Fall von der Verteidigung zu beauftragen⁵³. Nur in diesem Fall wird der Sachverständige zum Gehilfen der Verteidigung nach § 53a dStPO⁵⁴ mit der Folge, dass ihm ein Zeugnisverweigerungsrecht zukommt und somit dem „Zugriff der StA“ entzogen ist.

II. Eigene Ermittlungen in Österreich

Auch in Österreich ist das Recht auf eigene Ermittlungen des Strafverteidigers nicht direkt positiv normiert⁵⁵. Allerdings geht auch die öStPO von einem aktiven Verteidiger aus: § 57 Abs 1 Satz 2 öStPO berechtigt und verpflichtet den Verteidiger „jedes Verteidigungsmittel zu gebrauchen und alles, was der Verteidigung des Beschuldigten dient, unumwunden vorzubringen, soweit dies dem Gesetz,

48 Vgl. hier den Überblick bei *Cabanis* (FN 45), 452 f.

49 *Krekeler* (FN 47), 5 FN 1, spricht in diesem Zusammenhang von „Hilfsorganen der Strafverfolgungsbehörden und des Gerichts“.

50 *Cabanis* (FN 45), 454.

51 Hier kann aber ein Antrag nach § 220 Abs. 3 dStPO, der später in der Hauptverhandlung zu stellen ist, Abhilfe schaffen; vgl hierzu *Detter* (FN 46), 442.

52 Ebenso *Gillmeister* (FN 26), Rz 197; *Weihrauch* (FN 11), Rz 101.

53 AA, aber ohne Begründung *Gillmeister* (FN 26), Rz 198.

54 *Krekeler* (FN 47), 8; aA *Detter* (FN 46), 438.

55 Die Regelungen des Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz zur Reform des strafprozessualen Vorverfahrens, JMZ 578.017/2-II.3/1998 (DE 1998) sind nicht Gesetz geworden.

§ B 12 DE 1998 sah ausdrücklich die gesetzliche Fixierung des Ermittlungsrecht des Verteidigers vor. In der Begründung zu § 12 B DE 1998 führte der Diskussionsentwurf – Seite B 24 – zutreffend aus: **Eine sachgerechte Wahrnehmung des Beweisantragsrechts sowie die Substantiierungspflicht hinsichtlich der Beweisbehauptung können den Verteidiger zu eigenen Ermittlungen zwingen. Die eigene Ermittlungstätigkeit des Verteidigers gehört schon aus diesem Grund zu einer gewissenhaften Berufsausübung (§ 9 Abs. 1 RAO) und wird – auch in der Form der Zeugenbefragung – von der Lehre bejaht, obwohl die geltende StPO kein ausdrückliches eigenes Ermittlungsrecht des Verteidigers enthält.**

seinem Auftrag und seinem Gewissen nicht widerspricht“. Es ist inzwischen anerkannt, dass das Recht auf eigene Erhebungen gegen keine Norm der Rechtsordnung verstößt und schon deswegen zulässig ist⁵⁶.

Schon vor der Reform des strafprozessualen Vorverfahrens durch das Strafprozessreformgesetz wurde das Recht auf eigene Ermittlungen des Strafverteidigers angenommen⁵⁷. Allerdings wurde dieses Recht durch die Regelung des § 40 Abs 1 öStPO aF ernsthaft gefährdet, da dem selbst ermittelnden Strafverteidiger der Ausschluss als Verteidiger in der Hauptverhandlung drohte⁵⁸. Die Neuregelung der öStPO hat in § 60 öStPO die Gründe für den Ausschluss des Verteidigers neu gefasst und den Umstand einer möglichen Ladung des Verteidigers als Zeugen zur Hauptverhandlung nicht mehr als Ausschlussgrund aufgenommen⁵⁹.

An anderer Stelle geht die öStPO nunmehr von einem aktiven Verteidiger aus und normiert in § 249 Abs 3 Satz 1 öStPO das Recht des Beschuldigten und damit selbstredend auch das Recht des Verteidigers, bei der Befragung eines Sachverständigen selbst „eine Person mit besonderem Fachwissen“ beizuziehen. Diesem sog **Privatsachverständigen** steht gemäß § 249 Abs 3 Satz 1 öStPO ein Platz neben dem Verteidiger zu. Gemäß § 249 Abs 3 Satz 2 öStPO soll ihm allerdings de lege lata kein eigenes direktes Fragerecht zustehen⁶⁰. Die Hinzuziehung eines Experten zur Unterstützung der Verteidigung ist allerdings nur eine Spielart der eigenen Ermittlungen⁶¹. Es kommen namentlich in Betracht:

- Einholung von Auskünften aller Art,
- Besichtigung des Tatortes,
- Anfertigung von Fotografien und Skizzen,

- Einholung von Sachverständigengutachten und
- Befragung von Zeugen.

Die Befragung von Zeugen sollte – beachtet der Verteidiger die oben dargestellten Maßnahmen – kein Tabu sein. Auch in Österreich besteht kein Primat der Befragung von Zeugen durch die Polizei. Dieses gilt sowohl für bereits vernommene als auch für Zeugen, die durch die Strafverfolgungsbehörden noch nicht gehört wurden⁶². Auch die **Richtlinien für die Ausübung des Rechtsanwaltsberufes**⁶³ gehen von einem Ermittlungsrecht des Rechtsanwaltes – auch in der Form der Zeugenbefragung – aus. In § 8 RL-BA 1977 wird der „Kontakt mit Zeugen vor und während eines anhängigen Verfahrens“ ausdrücklich für zulässig erklärt. Die Befragung von Zeugen ist demnach probates Mittel der Verteidigung. § 8 Halbsatz 2 RL-BA 1977 stellt lediglich fest, dass „jede Form der unzulässigen Beeinflussung vermieden werden“ muss. Dieses versteht sich jedoch von selbst und sollte durch den Verteidiger – wie oben ausgeführt – auch entsprechend dokumentiert werden.

Will der Verteidiger seiner Verpflichtung aus § 57 Abs 1 Satz 2 öStPO gerecht werden, so hat er sich bei der Verteidigung seines Mandanten in geeigneten Fällen auch eigener Ermittlungen zu bedienen. Ein Strafverteidiger der seinen Verteidigungsauftrag ernst nimmt, wird diese Art der Verteidigung auch nicht als „lästige Pflicht“ auffassen, sondern als Verpflichtung aus dem Mandat. Der Streit, ob der Verteidiger zu eigenen Ermittlungen verpflichtet ist, braucht in diesem Fall dann auch nicht entschieden zu werden⁶⁴.

Kontakt:

Dr. Jan Bockemühl
info@kanzlei-bockemuehl.de

56 *Arbeitsgruppe Strafrecht und Arbeitskreise Berufsrecht des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages*, öAnwBI 2007, 183 ff, 185; die Tatsache, dass eine Kodifizierung des Ermittlungsrechtes des Verteidigers in der StPO – wie es der DE 1998 in § B 12 noch vorsah – nicht erfolgte, spricht gerade nicht gegen die Zulässigkeit eigener Ermittlungen; so wohl auch *Aistleitner* (FN 16), 72.

57 Vgl nur *Soyer*, Ermittlungsrecht und Ausschließung des Verteidigers, öAnwBI 1991, 71, 73 mwN; *ders.* Die (ordentliche) Wiederaufnahme des Strafverfahrens (1998), 77 ff.

58 Kritisch hierzu bereits *Soyer* (FN 57), 71 ff, der berechtigt darauf hinweist, dass die Regelung geeignet war Missbrauch – durch Ausschluss unliebsamer, da kritischer Verteidiger – Tür und Tor zu öffnen, zudem in das Grundrecht des Verteidigers auf Erwerbsfreiheit eingriff und ferner gegen Art 6 Abs 3 lit c MRK verstieß.

59 Vgl hierzu auch *Schwaighofer*, Die neue Strafprozessordnung (2008) 151.

60 *Fabrizy*, Die österreichische Strafprozessordnung¹⁰ (2008) § 249 Rz 5; vgl ebenso *Schwaighofer* (FN 59), 402.

61 Vgl die Begründung zum 8. Grundsatz der Grundsätze der Strafverteidigung, öAnwBI 2007, 183, 185.

62 So auch ausdrücklich die Begründung in den Grundsätzen der Strafverteidigung, öAnwBI 2007, 183, 185.

63 Richtlinien für die Ausübung des Rechtsanwaltsberufes und für die Überwachung der Pflichten des Rechtsanwaltes (RL-BA 1977) Stand 1.1.2010.

64 Für eine **Verpflichtung** in geeigneten Fällen vgl. oben FN 7; ebenso *Ruhri* (FN 4), 55; gegen eine Verpflichtung mit der Begründung das ein Unterlassen ansonsten den Vorwurf des Pflichtwidrigen Handels begründen würde *Arbeitsgruppe Strafrecht und Arbeitskreise Berufsrecht des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages*, Grundsätze der Strafverteidigung, Grundsatz 8, öAnwBI 2007, 183, 185.