

häufig fruchtbar gemacht wird –, sondern um den übergeordneten Gesichtspunkt der Einheit von materiellem Recht und Prozessrecht. Die Einschränkung des Urkundenprozesses in Mietsachen sollte daher nicht nur bei der Wohnraummiete, sondern auch bei der Gewerberaummietsachen gelten. Die Lösung berücksichtigt die Anliegen von Vermietern und Mietern, weil sie den Urkundenprozess in Mietsachen weiterhin grundsätzlich für statthaft erachtet, gleichzeitig die berechtigten Interessen des Mieters wahren kann.

## Strafrecht. Strafprozessrecht

Die Entscheidung behandelt zwei Problemkreise strafbaren Verhaltens eines Verteidigers. Im Vordergrund steht die Frage, wie weit der Schutzbereich der durch § 148 StPO begründeten Freiheit der Kommunikation zwischen Verteidiger und Beschuldigtem reicht. Stephan Barton (JZ 2010, 102) vermisst insoweit die verfassungsrechtliche Interpretation; den Ausführungen zur Wahrheitspflicht des Verteidigers im Zusammenhang mit unwahren Zeugenaussagen stimmt er dagegen auch in der Begründung zu.

StPO §§ 97 Abs. 1 Nr. 1, 148 Abs. 1; StGB § 185.+

**1. 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.**

**2. Ein Mandatsverhältnis begründet keine Straffreiheit für persönliche Schmähungen Dritter, die ein Strafverteidiger gegenüber seinem Mandanten äußert.**

BGH, Urteil v. 27. 3. 2009 – 2 StR 302/08 (LG Trier).

Das LG hat den Angeklagten, einen Rechtsanwalt, wegen Beleidigung zu einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu je 150 Euro verurteilt. Von den Vorwürfen einer weiteren Beleidigung, der versuchten Strafvereitelung in Tateinheit mit Beihilfe zur uneidlichen Falschaussage sowie der versuchten Anstiftung zur uneidlichen Falschaussage hat es ihn freigesprochen.

Aus den Gründen:

[2] Die Revision des Angeklagten, die sich mit der Sachrüge und einer Verfahrensrüge gegen seine Verurteilung wegen Beleidigung richtet, bleibt ohne Erfolg. Die vom Generalbundesanwalt nicht vertretene, auf den Vorwurf der versuchten Strafvereitelung in Tateinheit mit Beihilfe zur uneidlichen Falschaussage beschränkte Revision der Staatsanwaltschaft führt mit der Sachrüge zur Aufhebung des Urteils.

### I. Revision des Angeklagten

[3] Das LG hat seine Verurteilung wegen Beleidigung gegen den Widerspruch des Angeklagten in der Hauptverhandlung auf ein bei einer Durchsuchung des Hafttraums seines früheren Mandanten von T. sichergestelltes und beschlagnahmtes Schreiben des Angeklagten gestützt, in dem der Angeklagte den Vorsitzenden Richter des damaligen Strafverfahrens unter anderem als „unfähigen und faulen Richter“ bezeichnete, „an dessen Verstand man mit Fug und Recht zweifeln muss“.

[4] 1. Die Rüge, das LG habe damit unter Verstoß gegen § 148 StPO beschlagnahmefreie Verteidigerkorrespondenz verlesen und rechtsfehlerhaft zu Lasten des Angeklagten verwertet, ist unbegründet.

[5] a) Der Durchsuchung des Hafttraums und Beschlagnahme des Briefes liegt folgender Verfahrensablauf zugrunde: Der Angeklagte war in dem Verfahren 8007 Js 25900/04.5 KLs vor der 3. (Großen) Strafkammer für den dortigen Angeklagten T. als Verteidiger in der Hauptverhandlung tätig. T. lag u. a. zur Last, versucht zu haben, den Privatdetek-

tiv P. zur Begehung einer räuberischen Erpressung zu bestimmen, indem er ihn beauftragte, den Geschädigten H. gewaltsam zur Unterzeichnung eines von ihm vorgefertigten Kaufvertrages zu zwingen. Dieser Vorwurf beruhte im Wesentlichen auf den Angaben des Zeugen P. Dieser bekundete im Hauptverhandlungstermin vom 21. 6. 2005 der Wahrheit zuwider, dass er T. nicht kenne und dieser nicht sein Auftraggeber gewesen sei. Nach einer Unterbrechung der Hauptverhandlung berichtigte er seine Aussage und erklärte, dass er vor seiner Vernehmung mit dem Verteidiger des T., dem Angeklagten, telefoniert und über seine Aussage gesprochen habe. Aufgrund dieser Aussage leitete die Staatsanwaltschaft ein Ermittlungsverfahren gegen den Angeklagten und seinen Mitverteidiger wegen des Verdachts der Beihilfe zur uneidlichen Falschaussage in Tateinheit mit versuchter Strafvereitelung ein. Bei einer Durchsuchung der Kanzleiräume des Angeklagten wurden am 1. 7. 2005 u. a. an der Postkontrolle vorbeigeleitete Schreiben des T. an Zeugen in dem dortigen Verfahren sichergestellt.

[6] Auf Auftrag der Staatsanwaltschaft ordnete das AG Trier am 5. 7. 2005 in dem Ermittlungsverfahren gegen den Angeklagten und den Mitverteidiger wegen des Verdachts der versuchten Strafvereitelung pp. gemäß §§ 94, 98, 103, 105 StPO auch die Durchsuchung des Hafttraums des T. und Beschlagnahme dort vorgefundener Beweismittel an. Gegen den Angeklagten bestehe der Verdacht, Briefe seines Mandanten an der gerichtlichen Postkontrolle vorbei aus der JVA Tr. verbracht und weitergeleitet zu haben, obwohl diese ihrem Inhalt nach dazu geeignet und bestimmt gewesen seien, Zeugen in ihrem Aussageverhalten zu beeinflussen und zu Falschaussagen zu bestimmen. Es sei nicht auszuschließen, dass in gleicher Weise Briefe in die JVA Tr. verbracht und an T. ausgehändigt worden seien.

[7] Am 5. 7. 2005 wurde auf Grund dieses Beschlusses der Haftraum von T. durchsucht und der verfahrensgegenständliche Brief des Angeklagten gefunden. Am 14. 7. 2005 ordnete das AG Trier die Beschlagnahme des sichergestellten Schreibens wegen des Verdachts der Beleidigung des Vorsitzenden Richters und des Betruges zum Nachteil seines Mandanten an.

[8] Im Termin vom 15. 7. 2005 legte das LG Trier auf Antrag der Staatsanwaltschaft auf Ausschließung des Angeklagten als Verteidiger in dem Verfahren gegen T. die Akten dem OLG Koblenz vor und ordnete gemäß § 138c Abs. 3 StPO das Ruhen seiner Verteidigerrechte an. Das Ausschließungsverfahren wurde vom OLG eingestellt, nachdem der Angeklagte sein Mandat für T. niedergelegt und erklärt hatte, dass er es nicht mehr aufnehmen werde.

[9] b) Das LG meint, der Brief habe beschlagnahmt werden dürfen. Die Rechtsprechung zur Beschlagnahmefreiheit von Aufzeichnungen des Angeklagten zur Prozessvorbereitung sei vorliegend nicht einschlägig. [...]

[10] c) Dies hält im Ergebnis rechtlicher Nachprüfung stand. Das LG durfte den im Haftraum des T. gefundenen und beschlagnahmten Verteidigerbrief verwerten. Der Brief war weder nach § 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO beschlagnahmefrei, noch stand der Beschlagnahme § 148 Abs. 1 StPO entgegen.

[11] aa) Der Brief des Angeklagten an T. war schon kein gemäß § 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO der Beschlagnahme nicht unterliegender Gegenstand. Die Durchsuchung des Hafttraums und die Beschlagnahme des dort aufgefundenen Briefes erfolgten im Verfahren gegen den Angeklagten als Beschuldigten, nicht in seiner Eigenschaft als Verteidiger und damit als Person, die zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt ist. § 97 Abs. 1 StPO ist nicht anwendbar, wenn der Zeugnisverweigerungsberechtigte wie im vorliegenden Fall selbst Beschuldiger der Straftat ist (vgl. BGHSt 38, 144, 146f. [= JZ 1992, 528 mit Anm. Kluth]; BVerfG NJW 2005, 965; OLG Frankfurt NJW 2005, 1727, 1730; Nack, in: KK-StPO, 6. Aufl., § 97 Rn. 8; Meyer-Gößner, StPO, 51. Aufl., § 97 Rn. 10; Schäfer, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 25. Aufl., § 97 Rn. 25 m. w. N.; Wohlers, in: SK-StPO, 2008, § 97 Rn. 13).

[12] Dies folgt schon aus dem Wortlaut des § 97 Abs. 1 StPO, der zwischen den Prozessrollen des Beschuldigten und der Person differenziert, die zur Verweigerung des Zeugnisses in dem gegen ihn gerichteten Verfahren berechtigt ist. Das schließt es aus, § 97 Abs. 1 StPO auch in Verfahren anzuwenden, die sich gegen den Zeugnisverweigerungsberechtigten selbst richten. Die Unanwendbarkeit auf

Verfahren gegen Berufsheimnisträger ergibt sich darüber hinaus aus dem Zweck der Vorschrift. § 97 StPO ergänzt die Regelungen über das Zeugnisverweigerungsrecht und soll deren Umgehung verhindern (*BGHSt* 38, 144, 146). Berufsheimnisträger werden nur geschützt, soweit ihr Zeugnisverweigerungsrecht im Verfahren gegen den Beschuldigten reicht, nicht aber soweit ihr Individualinteresse als selbst beschuldigte Personen betroffen ist (vgl. *Wasmuth* NJW 1989, 2297, 2302). Insofern besteht auch keine Regelungslücke. Aus § 97 Abs. 2 Satz 3 StPO folgt, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit eigenen strafbaren Verhaltens des Geheimnisträgers gesehen und unter den dort normierten Voraussetzungen für regelungsbedürftig gehalten hat. Auch in diesen Fällen geht es jedoch stets um den Geheimnisträger in seiner Prozessstellung als Zeuge, nicht als Beschuldigter (vgl. *BGHSt* 38, 144, 146f.).

[13] bb) Ein über § 97 Abs. 1 StPO hinausgehendes Beschlagnahmeverbot kann auch nicht aus § 148 StPO entnommen werden. Entgegen der Auffassung der Revision lässt sich aus § 148 StPO nicht ableiten, dass Eingriffe in die Kommunikation des Verteidigers mit seinem Mandanten jedenfalls bis zu einer Entscheidung über das vorläufige Ruhen der Verteidigerrechte nach § 138c Abs. 3 StPO generell – und damit auch dann, wenn das Verfahren gegen den Verteidiger als Beschuldigten geführt wird – unzulässig sind (vgl. etwa *Schäfer*, in: LR-StPO, 25. Aufl., § 97 Rn. 95f.). Zwar normiert § 148 Abs. 1 StPO den Grundsatz des ungehinderten schriftlichen und mündlichen Verkehrs zwischen Verteidiger und Beschuldigtem als unabdingbare Voraussetzung einer freien Verteidigung (vgl. *BGHSt* 27, 260, 262). Die Verteidigung soll damit grundsätzlich von jeder Behinderung oder Erschwerung freigestellt sein. Das bedeutet aber nicht, dass § 148 StPO einen generellen Vorrang vor der Vorschrift des § 97 StPO genießt und deren Anwendungsvoraussetzungen überflüssig macht. Vielmehr ist nach § 148 StPO der Verkehr zwischen Verteidiger und Beschuldigtem nur für die Zwecke der Verteidigung frei. Nur in seiner Eigenschaft und in Wahrnehmung seiner Aufgabe als Verteidiger ist der schriftliche und mündliche Verkehr des Verteidigers mit dem Beschuldigten geschützt (vgl. *BGH* NJW 1973, 2035). Straftaten, die er bei Gelegenheit der Verteidigung eines Beschuldigten begeht, unterfallen diesem Schutz nicht. Daraus folgt, dass die Beschlagnahme und Verwertung von Beweismitteln zulässig ist, soweit der Verteidiger – wie hier – selbst Beschuldigter ist (vgl. *OLG Frankfurt* NJW 2005, 1727, 1730; *Meyer-Götsner*, StPO, 51. Aufl., § 97 Rn. 4). Dies muss insbesondere dann gelten, wenn es wie im vorliegenden Fall mit der Beleidigung des Vorsitzenden Richters nicht um den Vorwurf der Beteiligung an der Straftat geht, die dem Mandanten vorgeworfen wird, sondern um einen davon unabhängigen Lebenssachverhalt.

[14] Hiergegen kann nicht eingewendet werden, dass der Mandant durch das Bekanntwerden der Verteidigerpost in seinen eigenen Verteidigungsinteressen schutzlos gestellt wird. Das aus der Beschlagnahme in dem Verfahren gegen den beschuldigten Verteidiger erlangte Wissen ist nur in dem gegen diesen gerichteten Verfahren verwertbar (vgl. *Beulke*, in: Festschrift für Lüderssen, S. 693, 707). Im Verfahren gegen den Mandanten ist seine Verwertung dagegen durch § 97 Abs. 1 StPO ausgeschlossen (vgl. *Krekel* NStZ 1987, 199, 202; *Woblers*, in: SK-StPO, 2008, § 97 Rn. 14). Denn insoweit ist die von der Vorschrift für das Beschlagnahmeverbot vorausgesetzte Verteilung der Prozessrollen zwischen dem Mandanten als Beschuldigtem auf der einen und dem Verteidiger als Berufsheimnisträger auf der anderen Seite gewahrt.

[15] Mangels Anwendbarkeit des § 97 Abs. 1 StPO kommt es danach entgegen den Ausführungen des Generalbundesanwaltes auf die zum Ausschluss der Beschlagnahmefreiheit (§ 97 Abs. 2 Satz 3 StPO) entwickelten Grundsätze, insbesondere das Vorliegen eines gravierenden Verstrickungsverdachts gegen den Verteidiger (*BGH* NJW 1973, 2035; NStZ 2001, 604, 606; Beschluss v. 22. 11. 2000 – 1 StR 375/00) nicht an. Auch § 160a StPO ist schon nach seinem Wortlaut nicht auf selbst beschuldigte Berufsheimnisträger anwendbar (*Meyer-Götsner*, StPO, § 160a Rn. 1).

[16] cc) Es bestehen auch im Übrigen keine verfahrensrechtlichen Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der mit Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschluss des *AG Trier* vom 5. 7. 2005 angeordneten Durchsuchung der Haftzelle des Zeugen T. [...]

[17] Der Tatvorwurf der versuchten Strafvereitelung war in dem Beschluss ausreichend dahin konkretisiert, dass der Angeklagte als Verteidiger in dem Strafverfahren gegen T. Briefe seines in Untersuchungshaft befindlichen Mandanten an der gerichtlichen Postkontrolle vorbei aus der JVA Tr. verbracht und weitergeleitet haben sollte, obwohl diese ihrem Inhalt nach dazu geeignet und bestimmt waren, Zeugen in ihrem Aussageverhalten zu beeinflussen und zu Falschaussagen zu bestimmen. Als gesuchte Beweismittel wurden u. a. Schreiben von Personen bezeichnet, die als Zeugen in dem Strafverfahren gegen T. benannt waren und die durch den Angeklagten als Verteidiger an der Postkontrolle vorbei in die JVA Tr. gebracht und an T. übergeben worden seien. Weitere inhaltliche Ausführungen waren nicht erforderlich. Insbesondere bedurfte es entgegen der Ansicht des Generalbundesanwaltes schon deshalb nicht der Darlegung eines qualifizierten Beteiligungsverdachts, weil die Durchsuchungsmaßnahme nach dem im Beschluss bezeichneten Durchsuchungszweck nicht auf die Gewinnung von Verteidigerkorrespondenz, sondern auf die etwaige Sicherstellung eines Mobiltelefons und von Kassibern an T. in dessen Verfahren gerichtet war.

[18] Ungeachtet dessen lagen zum Zeitpunkt des Beschlusses vom 5. 7. 2005 gewichtige Anhaltspunkte für eine (versuchte) Strafvereitelung des Angeklagten vor. [...]

[19] dd) Da die Durchsuchungsmaßnahme rechtlich zulässig war, durfte der Brief als Zufallsfund im Sinne des § 108 StPO im Verfahren gegen den Verteidiger wegen versuchter Strafvereitelung einstweilen sichergestellt und verwertet werden (vgl. *Schäfer*, in: LR-StPO, 25. Aufl., § 108 Rn. 10). Auch für Zufallsfunde gelten im Übrigen die allgemeinen Grundsätze zur Beschlagnahmefreiheit nach § 97 StPO (*Nack*, in: KK StPO, 6. Aufl., § 108 Rn. 1).

[20] 2. Die Feststellungen tragen auch die Verurteilung des Angeklagten wegen Beleidigung gemäß § 185 StGB. Die Bezeichnung des Vorsitzenden Richters am *LG Sch.* in dem beschlagnahmten Brief als „unfähiger und fauler Richter“, „an dessen Verstand man mit Fug und Recht zweifeln muss“ hat das *LG* 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.

[21] Allerdings ist bei der Beurteilung der Frage, ob eine Äußerung des Rechtsanwaltes gegenüber seinem Mandanten als Beleidigung zu qualifizieren ist, ein Maßstab anzulegen, der den Besonderheiten des Mandatsverhältnisses Rechnung trägt. Insoweit ist beiderseits ein schutzwürdiges Interesse an einer freien und auch in der Wortwahl deutlichen Ausspra-

che anzuerkennen. Auch für den Rechtsanwalt muss gegenüber dem Mandanten ein „offenes Wort“ möglich sein. Wie § 43a Abs. 3 Satz 2 BRAO deutlich macht, kann dies herabsetzende Äußerungen einschließen, wenn andere Prozessbeteiligte oder der Verfahrensverlauf hierzu Anlass gegeben haben. Persönliche Schmähungen und diffamierende Äußerungen sowie Formalbeleidigungen überschreiten in jedem Falle die Grenze des Zulässigen. Dass diese Grenze mit den schriftlichen Äußerungen des Angeklagten über den Vorsitzenden Richter zweifelsfrei überschritten ist, hat das LG zutreffend erkannt.

[22] Entgegen der Ansicht der Revision begründet das Mandatsverhältnis zwischen Strafverteidiger und Beschuldigtem nicht generell einen „beleidigungsfreien Raum“. Der Senat braucht nicht zu entscheiden, ob ein solcher beleidigungsfreier Bereich anzuerkennen ist, soweit ehrenrührige Äußerungen des Mandanten über Dritte gegenüber seinem Anwalt betroffen sind. Jedenfalls besteht kein schutzwürdiges Interesse, in einem Mandatsverhältnis beleidigende Äußerungen des Rechtsanwaltes stets straffrei zu stellen. Die zum Verhältnis innerhalb enger bzw. engster Familien- und Vertrauensbeziehungen entwickelten Grundsätze (vgl. *BVerfGE* 90, 255, 261; *BVerfG* NJW 2007, 1194, 1195; 1995, 1477) sind auf die Beziehung zwischen Verteidiger und Beschuldigtem nicht übertragbar. Bei dem Verhältnis zwischen Verteidiger und Beschuldigtem handelt es sich im Kern um eine geschäftsmäßige und nicht durch persönliche Bindung geprägte Beziehung. Zu den Grundpflichten des Rechtsanwaltes gehört es nach § 43a Abs. 3 Satz 1 BRAO, sich bei seiner Berufsausübung sachlich zu verhalten. Nach § 43a Abs. 3 Satz 2 BRAO hat er insbesondere herabsetzende Äußerungen zu unterlassen, zu denen kein Anlass besteht. Eine Verletzung des Sachlichkeitsgebotes liegt ungeachtet seiner im Einzelnen umstrittenen Reichweite (siehe *Kleine-Cosack*, BRAO, 5. Aufl., § 43a Rn. 56 ff.; *Feuerich/Weyland/Vossebürger*, BRAO, 7. Aufl., § 43a Rn. 31 ff.) jedenfalls dann vor, wenn die Herabsetzungen nach Inhalt und Form als strafbare Beleidigungen zu beurteilen sind, ohne durch die Wahrnehmung berechtigter Interessen gedeckt zu werden (vgl. *BVerfG* NJW 1988, 191, 194; *AnwBl.* 1993, 632; *Kleine-Cosack*, a. a. O., § 43a Rn. 72, 74; *Feuerich/Weyland/Vossebürger* a. a. O., § 43a Rn. 36).

[23] Darüber hinaus ist die Vertraulichkeit im Verhältnis des Rechtsanwaltes zu seinem Mandanten nur einseitig abgesichert. Nur der Rechtsanwalt ist seinem Mandanten gegenüber aus §§ 43a Abs. 2 BRAO, 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB zur Verschwiegenheit verpflichtet. Der Verteidiger kann sich umgekehrt mangels vergleichbarer rechtlicher Bindungen des Mandanten nicht darauf verlassen, dass dieser die Vertraulichkeit wahrt und seine Äußerungen nicht an Dritte weitergibt (vgl. *Lenckner*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 77. Aufl., § 185 Rn. 9b; *Feuerich/Weyland/Vossebürger* a. a. O., § 43a Rn. 37). Insofern war die besondere Vertraulichkeit der Kommunikation als Voraussetzung für die Einschränkung des Ehrenschatzes (vgl. *BVerfGE* 90, 255, 260; *BVerfG* NJW 2007, 1194, 1195) gerade nicht gewährleistet. Im Übrigen war die Diskretion vorliegend auch aus tatsächlichen Gründen nicht in ausreichendem Maße sichergestellt, da es sich um eine schriftliche Äußerung des Angeklagten handelte, bei der die erhöhte Gefahr bestand, dass sie von seinem Mandanten in der JVA herumgezeigt und verbreitet wurde.

## II. Revision der Staatsanwaltschaft

[24] Der Freispruch hält der sachlich-rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

[25] 1. Die Staatsanwaltschaft legte dem Angeklagten folgende Taten zur Last:

[26] Er habe als Verteidiger in dem beim *LG Trier* (8007 Js 25900/04) geführten Strafverfahren gegen T. wegen versuchter Anstiftung zur räuberischen Erpressung an einer Falschaussage des Zeugen P. zugunsten seines Mandanten aktiv mitgewirkt. P. habe mit dem Vater des damaligen Angeklagten, dem Zeugen H. T., vereinbart, gegen Zahlung eines Entgeltes durch eine wahrheitswidrige Aussage dessen Sohn vor einer Verurteilung zu bewahren. Der Angeklagte, dem bekannt gewesen sei, dass der Tatvorwurf gegen T. zuträfe, sei von H. T. über den Tatplan informiert worden. Er habe sodann mit P. alle Einzelheiten der Falschaussage abgesprochen. Bei einem der Telefonate mit P. habe sich der Angeklagte über den Vorsitzenden Richter des Verfahrens beleidigend geäußert. P. habe im Hauptverhandlungstermin vom 21. 6. 2005 wie vereinbart wahrheitswidrig bekundet, T. nicht zu kennen. Noch am selben Tag habe er diese Aussage korrigiert und nunmehr wahrheitsgemäß ausgesagt, dass T. sein Auftraggeber gewesen sei. Vor seiner Vernehmung habe er 10–15 Telefongespräche mit dem Angeklagten geführt. In diesen Gesprächen habe sich der Angeklagte über den Vorsitzenden Richter beleidigend geäußert. Da der Angeklagte befürchtet habe, dass aufgrund der korrigierten Aussage des Zeugen P. Art und Ausmaß seiner Tatbeteiligung aufgedeckt werden könnten, habe er unter Ausnutzung seines Fragerechts als Verteidiger – allerdings erfolglos – versucht, den Zeugen P. zu einer Relativierung seiner Aussage zur Anzahl der miteinander geführten Telefongespräche zu bewegen.

[27] 2. Das LG hat Folgendes festgestellt:

[28] Bei einem Telefonat nach Erhalt seiner Zeugenladung bot P. dem Vater von T. H. T. an, er könne gegen Bezahlung eine T. entlastende Aussage machen. Dies teilte H. T. dem Angeklagten fernmündlich mit. Der Angeklagte erwiderte daraufhin, dem Zeugen P. könne man trauen. P. habe zwei Jahre lang Jura studiert und an das Gericht bereits einen Brief geschrieben, „der sich gewaschen habe“. Gemeint war damit eine Dienstaufsichtsbeschwerde des Zeugen P. gegen den Vorsitzenden Richter des Verfahrens. Der Angeklagte riet H. T. letztlich weder zu noch ab, sagte aber, dass das durchaus machbar wäre. Der Begriff „Falschaussage“ wurde in den Gesprächen nicht verwendet. H. T. kündigte dem Angeklagten an, dass P. sich bei ihm melden und mit ihm „eine bezahlte Sache machen wolle“. In der Folgezeit zahlte H. T. in zwei Raten 5000 Euro an P. – H. T. war jedenfalls klar, dass P. seine Aussage so gestalten werden, dass sein Sohn entlastet würde.

[29] In einem späteren Telefonat mit dem Angeklagten erzählte P. diesem, dass T. nicht sein wirklicher Auftraggeber sei. Der Angeklagte zeigte sich über diese Nachricht erfreut und äußerte, dass sie sich positiv für seinen Mandanten auswirken werde. Von seinem Mandanten wusste er dagegen, dass dieser P. in Wahrheit einen Auftrag – wenn auch mit anderem Inhalt – erteilt hatte. Dem Angeklagten, der mit der Verhandlungsführung des Vorsitzenden nicht zufrieden war, wäre es am liebsten gewesen, wenn er einen Grund gehabt hätte, den Vorsitzenden als befangen abzulehnen. Bei einem der Telefonate kam das Gespräch darauf, dass der Zeuge P. den Vorsitzenden während seiner Aussage provozieren könne, so dass der Angeklagte möglicherweise einen Grund für einen Befangenheitsantrag geliefert bekäme. Aus Sympathie für den Angeklagten und um ihm einen Gefallen zu tun, erklärte sich der Zeuge P. hierzu bereit. Er bekundete als Zeuge in dem Verfahren gegen T. am 21. 6. 2005 der Wahrheit zuwider, dass er den damaligen Angeklagten nicht kenne und dieser nicht sein Auftraggeber gewesen sei. Er wurde wegen der uneidlichen Falschaussage vom *LG Trier* am 1. 2. 2007 rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und drei Monaten verurteilt.

[30] 3. Der Angeklagte hat die Tatvorwürfe bestritten. Den belastenden Angaben des Zeugen P. ist das LG nicht gefolgt. Zur Begründung hat es im Wesentlichen darauf abgestellt, es bestünden erhebliche Zweifel an der Glaubwürdigkeit des vielfach vorbestraften Zeugen. [...]

[31] 4. Der Freispruch vom Vorwurf der versuchten Strafvereitelung in Tateinheit mit Beihilfe zur uneidlichen Falschaussage hat keinen Bestand, weil das Urteil schon nach den getroffenen Feststellungen Erörterungsmängel aufweist.

[32] a) Bei der strafrechtlichen Beurteilung des Verhaltens des Angeklagten ist allerdings seine Prozessstellung als Strafverteidiger zu berücksichtigen. Diese ist von einem Spannungsverhältnis als unabhängiges, der Wahrheit und Gerechtigkeit verpflichtetes Organ der Rechtspflege und seiner Beistandsfunktion und Treupflicht gegenüber dem Beschuldigten gekennzeichnet. Ein Strafverteidiger ist verpflichtet, seinen Mandanten im Rahmen der Gesetze bestmöglich zu

verteidigen (vgl. *BGHSt* 38, 345, 350). Er ist nicht verpflichtet, an der Verwirklichung des staatlichen Strafanspruchs mitzuwirken (*Fischer*, StGB, 56. Aufl., § 258 Rdn. 17). Er hat nicht für die Richtigkeit von Zeugenaussagen einzustehen und ist insbesondere nicht verpflichtet, eine Falschaussage zu verhindern (*BGHSt* 4, 327; 46, 53, 60f.; vgl. auch *Beulke*, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 1989, Rdn. 94). Die Grenze zulässigen Verteidigungshandelns ist jedoch überschritten, wenn der Verteidiger den Sachverhalt aktiv verdunkelt oder verzerrt, insbesondere wenn er Beweisquellen verfälscht (vgl. *BGHSt* 38, 345, 350f.; 46, 53, 61). Bei von ihm sicher als unwahr erkannten (vgl. dagegen bei lediglich erheblichen Zweifeln an der Richtigkeit oder Zuverlässigkeit der Aussage *BGHSt* 46, 53, 61) Zeugenaussagen ist eine aktive Verdunkelung anzunehmen, wenn der Verteidiger Einfluss auf das Zustandekommen der Aussage genommen hat (vgl. *BGHSt* 4, 327; 46, 53, 61). Dies kann etwa der Fall sein, wenn er den Zeugen zu einer Falschaussage veranlasst (vgl. *BGH* NStZ 1983, 503), wenn er ihn in seinem Entschluss bestärkt (*BGHSt* 29, 99, 107; *BGH* JR 1984, 299; *RGSSt* 70, 390ff.), wenn er einen zur Falschaussage entschlossenen Zeugen als Beweismittel benennt (*BGH* JR 1984, 299) oder wenn er den Inhalt der Falschaussage mit ihm abstimmt.

[33] b) Nach diesen Maßstäben erweist sich die Begründung des Freispruchs in wesentlichen Punkten als lückenhaft und damit rechtsfehlerhaft. Allerdings können und müssen die Gründe eines freisprechenden Urteils nicht jeden irgendwie beweisheblichen Umstand würdigen. Das Maß der gebotenen Darlegung hängt von der Beweislage und den Umständen des Einzelfalles ab. Es ist jedoch rechtsfehlerhaft, wenn sich das Tatgericht mit festgestellten Besonderheiten und Beweisanzeichen nicht auseinandersetzt, die mit nicht geringem Gewicht für eine Strafbarkeit des Angeklagten sprechen können und auf deren Erörterung vor der Anwendung des Zweifelssatzes nicht verzichtet werden darf (vgl. *BGH* NStZ 2008, 646). So verhält es sich hier.

[34] Das *LG* hat das Gespräch des Angeklagten mit dem Zeugen P., in dem dieser ihm mitteilte, dass T. nicht sein Auftraggeber gewesen sei, nicht unter allen sich aufdrängenden rechtlich relevanten Aspekten gewürdigt. Es hat seine Bemerkung „das passt gut!“ lediglich unter dem Blickwinkel der (versuchten) Strafvereitelung, nicht aber dahingehend rechtlich geprüft, ob der Angeklagte den Zeugen P. damit in seinem Entschluss zur Falschaussage bestärkt und ihm insoweit eine – psychische – Beihilfe zu dessen uneidlicher Falschaussage vorzuwerfen ist (vgl. *BGHSt* 29, 99, 107; *BGH* JR 1984, 299). Dazu bestand jedoch nach den Feststellungen Anlass. Der Angeklagte wusste von seinem Mandanten, dass dieser P. in Wahrheit doch einen Auftrag erteilt hatte, die angekündigte Änderung der Aussage P.s also der Wahrheit zuwider erfolgen sollte. Der Angeklagte wusste durch sein Telefonat mit H. T. auch, dass P. Geld für die Aussage erhalten sollte. Dennoch zeigte er sich erfreut über die Nachricht und äußerte gegenüber P., dass sich dies positiv für seinen Mandanten auswirken werde.

[35] Indem die Kammer dieses Verhalten des Angeklagten nur unter dem Aspekt der Strafvereitelung wertet, stellt sie sich den Blick für die nach den Feststellungen mögliche und deshalb in den Urteilsgründen zu erörternde rechtliche Würdigung als psychische Beihilfe zu der Falschaussage P.s. Die Einschätzung der angekündigten Falschaussage durch den Angeklagten als für seinen Mandanten positiv erkennbar über eine bloße – mit Rücksicht auf seine Stellung als Verteidiger strafrechtlich unbedenkliche –

Kenntnisnahme hinaus. Sie legte vielmehr die Prüfung nahe, ob er gegenüber dem Zeugen P. damit zum Ausdruck gebracht hat, dass er das Zustandekommen der Falschaussage für wünschenswert hielt. [...]

[36] Soweit das *LG* eine mögliche Beihilfe des Angeklagten zur uneidlichen Falschaussage durch das „Befangenhheitskomplott“ verneint, sind seine Ausführungen ebenfalls lückenhaft. [...] Ob das Versprechen eines Befangenhheitsgesuchs P. in seinem Tatentschluss bestärken konnte, hing jedoch nicht davon ab, ob es ihm objektiv helfen konnte, sondern davon, ob er subjektiv hiervon ausging. Insofern lag es nicht fern, dass P. durch die Zusage des Angeklagten subjektiv der Eindruck erhöhter Sicherheit vermittelt wurde, was ihn in seinem Vorhaben bestärkt haben könnte. Auch hierzu verhalten sich die Urteilsgründe nicht.

[37] Darüber hinaus fehlen im angefochtenen Urteil Erörterungen dazu, ob sich der Angeklagte nicht bereits durch seine Äußerungen gegenüber dem Zeugen H. T. strafbar gemacht hat. Auch dazu bestand jedoch nach den Feststellungen Anlass. Danach wusste H. T. mit dem zuvor unterbreiteten Angebot des Zeugen P., gegen Zahlung eines Geldbetrages eine T. entlastende Aussage zu machen, zunächst nicht umzugehen und wollte deshalb Rücksprache mit den Rechtsanwälten seines Sohnes halten. Er sprach zunächst mit Rechtsanwalt L. „über das Geschäft mit P., der ihn jedoch abwies und ihm hiervon abriet“. Erst dann telefonierte er mit dem Angeklagten.

[38] Vor diesem Hintergrund hätte das *LG* erwägen müssen, ob die Äußerungen des Angeklagten gegenüber H. T. bei diesem Telefonat, „dem Zeugen P. könne man vertrauen“, der habe „zwei Jahre lang Jura studiert“ und „bereits an das Gericht einen Brief geschrieben, der sich gewaschen“ habe sowieso „dass das durchaus machbar wäre“, geeignet waren, den Zeugen zu veranlassen oder zumindest darin zu bestärken, mit P. „eine bezahlte Sache zu machen“, wie sich der Zeuge selbst ausdrückte. Zu einer Erörterung hätte auch deshalb Anlass bestanden, weil die Kammer die Einlassung des Angeklagten, er habe H. T. hiervon abgeraten, für widerlegt gehalten hat.

## Anmerkung

Professor Dr. **Stephan Barton**, Bielefeld\*

### I. Freiheit der Kommunikation zwischen Verteidiger und Beschuldigtem

1. Die Äußerungen des Verteidigers in dem Brief an seinen Mandanten, der Vorsitzende sei ein unfähiger und fauler Richter, an dessen Verstand man zweifeln könne, bringen zweifellos Missachtung und Geringschätzung zum Ausdruck. Eine Beleidigung wäre nur dann abzulehnen, wenn man einen beleidigungsfreien Raum im Verhältnis zwischen Anwalt und Mandant annehmen würde oder wenn sich die besagten Äußerungen durch den Kampf ums Recht rechtfertigen ließen.

Der Senat lehnt es ab, den Gedanken des beleidigungsfreien Raums, der von der strafrechtlichen Rechtsprechung und Literatur für Gespräche unter Eheleuten und in der engeren Familie entwickelt wurde,<sup>1</sup> auf das Verhältnis zwi-

\* Der Autor lehrt Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Bielefeld.

<sup>1</sup> *Lackner/Kühl*, StGB, 26. Aufl. 56. Aufl. 2009, § 185 Rn. 12.

schen Verteidiger und Mandant zu übertragen. Hier handele es sich nämlich im Kern um eine geschäftsmäßige und nicht durch persönliche Bindung geprägte Beziehung. Das ist zutreffend, beantwortet die aufgeworfene Frage aber noch nicht abschließend, da das *BVerfG* – gerade auch bei Korrespondenz zwischen Gefangenen und Außenstehenden – den Schutzbereich für vertrauliche Äußerungen erweitert hat.<sup>2</sup> Das Grundrecht der Meinungsfreiheit in Verbindung mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht kann so bewirken, dass an sich beleidigende Äußerungen den Strafbarkeitsmakel verlieren, wenn sie in einer Sphäre anfallen, die durch Vertraulichkeit bestimmt und hierdurch abgeschirmt ist. Der Einzelne müsse, so das *BVerfG*, einen Raum besitzen, in dem er mit Personen seines besonderen Vertrauens ohne Rücksicht vor staatlichen Sanktionen verkehren kann.<sup>3</sup> Folgerichtig hat das *BVerfG* wiederholt Verurteilungen wegen Beleidigung, die im Zusammenhang mit Briefkontrollen von Gefangenpost standen, als Verstoß gegen die Meinungsfreiheit beanstandet.<sup>4</sup>

Wenn der *BGH* diesen erweiterten Grundrechtsschutz nicht auf kommunikative Akte des Anwalts ausdehnt, steht das aber nicht im Widerspruch zur Verfassungsrechtsprechung. Der Rechtsanwalt ist nämlich nicht nur, wie der *BGH* anführt, durch § 43a Abs. 3 BRAO zur Sachlichkeit und Verschwiegenheit verpflichtet, vielmehr befindet er sich im Gegensatz zu seinem inhaftierten Mandanten gerade nicht in einer kommunikativen Ausnahmesituation.<sup>5</sup> Der Gefangene muss einen geschützten Bereich haben, in dem er mit einer Vertrauensperson offen sprechen und gegebenenfalls seinem Unmut befreiend Luft machen kann. Als eine solche Vertrauensperson bleibt dem Inhaftierten zuweilen nur sein Anwalt. Er kann dem Mandanten im wahrsten Sinne des Wortes als Klagemauer dienen: Im Gespräch mit seinem Verteidiger darf der Beschuldigte sein Herz ausschütten, ohne Gefahr laufen zu müssen, dass seine Klagen nach außen dringen. Aber umgekehrt gilt das gerade nicht. Der Anwalt braucht seinen Mandanten nicht, um seine Persönlichkeit zu entfalten.

Auch der Kampf ums Recht<sup>6</sup> kann die Beleidigung vorliegend nicht legitimieren, da die im Schriftsatz des Verteidigers enthaltenen Äußerungen nicht während einer interaktiven Auseinandersetzung zwischen Anwalt und Gericht erfolgten und deshalb schon nicht geeignet waren, der Verteidigung von Rechten zu dienen.<sup>7</sup>

2. Es bleibt die Frage, ob die beim Inhaftierten beschlagnahmten Briefe überhaupt verwertet werden durften. Der *BGH* bejaht dies, weil die Durchsuchung der Zelle und die Beschlagnahme des Briefes im Verfahren gegen den Rechtsanwalt als Beschuldigten erfolgten; die Maßnahme richtete sich also nicht gegen ihn als zeugnisverweigerungsberechtigten Verteidiger. Dem *BGH* ist darin zuzustimmen, dass in derartigen Fällen die Verbote der Durchführung von Ermitt-

lungsmaßnahmen (§ 160a StPO)<sup>8</sup> bzw. der Beschlagnahme (§ 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO) schon vom Wortlaut her nicht greifen, weil in diesen Normen die Zulässigkeit von Zwangsmaßnahmen gegenüber Zeugen und nicht gegenüber Beschuldigten geregelt werden. Der *BGH* lehnt zudem ein erweitertes Beschlagnahmeverbot für Berufsheimnisträger mit der Begründung ab, dass der Zweck des § 97 StPO darauf ziele, eine Umgehung des Zeugnisverweigerungsrechts zu verhindern. Insofern seien Berufsheimnisträger nur geschützt, soweit ihr Zeugnisverweigerungsrecht im Verfahren gegen den Mandanten reicht – nicht aber soweit ihr Individualinteresse als selbst beschuldigte Person betroffen ist. Auch bei Verteidigern sieht der Senat keinen Anlass für einen erweiterten Beschlagnahmeschutz. Dagegen spricht nach Auffassung des *BGH* nicht der in § 148 Abs. 1 StPO normierte Grundsatz des ungehinderten mündlichen und schriftlichen Verkehrs zwischen Verteidiger und Beschuldigtem, denn dessen Schutz umfasse nur das, was innerhalb der Zwecke der Verteidigung liege. Straftaten, die der Verteidiger bei Gelegenheit der Verteidigung begehe, unterfielen diesem Schutz dagegen gerade nicht. Deshalb wendet sich der Senat auch gegen die in der Literatur vertretene Auffassung, wonach Durchsuchung und Beschlagnahmen solange verboten seien, wie der Verteidiger nicht gemäß § 138a StPO aus dem Verfahren ausgeschlossen bzw. das Ruhen seiner Rechte gemäß § 138c Abs. 3 Satz 1 StPO angeordnet sei.<sup>9</sup> Mehr noch: Anders als in den Fällen, in denen ein Verstrickungsverdacht gegen den Verteidiger besteht (§ 97 Abs. 2 Satz 2 StPO), hält der *Senat*, wenn der Verteidiger selbst beschuldigt wird, Beschlagnahmen schon beim Vorliegen eines Anfangsverdachts für zulässig. Anders lassen sich jedenfalls die Ausführungen nicht interpretieren, in denen der Senat – im Gegensatz zum Generalbundesanwalt – keinen *gravierenden* Verstrickungsverdacht des Verteidigers verlangt.

Diesen Ausführungen ist zu widersprechen. Der Widerspruch bezieht sich dabei nicht auf die vom *BGH* getroffene Wertung, dass der Mandant vorliegend dadurch geschützt wird, dass das durch die Beschlagnahme erlangte Material nur in dem Verfahren gegen den beschuldigten Verteidiger verwertet werden darf, nicht dagegen im Prozess gegen den Mandanten.<sup>10</sup> Zutreffend ist auch, dass der Verteidiger im konkreten Fall nicht schutzwürdig ist. Diese allein auf die beiden Individuen abstellende Betrachtung ist jedoch unvollständig, da sie die zugrunde liegende verfassungsrechtliche Problematik unbeachtet lässt. Das *BVerfG* hat nämlich in der Geldwäscheentscheidung herausgestellt, dass anwaltliche Berufsausübung nicht nur im individuellen Interesse des einzelnen Rechtsanwalts oder des konkreten Rechtssuchenden liegt, sondern im Interesse der Allgemeinheit an einer wirksamen und rechtsstaatlich geordneten Rechtspflege.<sup>11</sup> Verfassungsrechtlichen Schutz verdient insofern auch die Institution der Strafverteidigung.<sup>12</sup> Die Vorschrift des § 148 StPO versteht das *BVerfG* dabei als Rechtsgarantie, die der Gewährleistung wirksamer Strafverteidigung dient, indem sie

<sup>2</sup> Vgl. *Wolff-Reske* JURA 1996, 184.

<sup>3</sup> *BVerfGE* 90, 255 (260f.).

<sup>4</sup> Vgl. neben der von *Wolff-Reske* JURA 1996, 184 mitgeteilten Entscheidung auch noch *BVerfG* NJW 2007, 1194.

<sup>5</sup> So auch *Ruhmannseder* NJW 2009, 2647 (2648f.) in seiner Anmerkung zur hier besprochenen Entscheidung.

<sup>6</sup> „Verteidigung ist Kampf“; *Dabs*, Handbuch des Strafverteidigers, 7. Aufl. 2005, Rn. 1; das gilt nicht nur für das Selbstverständnis des Verteidigers, sondern findet auch in der Verfassungsrechtsprechung Berücksichtigung; vgl. *BVerfGE* 76, 171 (192f.) = JZ 1988, 242 (245); *BVerfG* NJW 2000, 199.

<sup>7</sup> Zur Frage der Geeignetheit der Interessenwahrnehmung vgl. *Winkler*, Die Strafbarkeit des Verteidigers jenseits der Strafvereitelung, 2005, S. 399f.; zum konkreten Fall vgl. auch *Stephan* StrafRechtsReport (StRR) 2009, 348 (350).

<sup>8</sup> Vgl. im Übrigen den in § 160a Abs. 5 StPO geregelten Vorrang von § 97 StPO.

<sup>9</sup> *Krekeler*, in: Festschrift Koch, 1989, S. 166 (176); *Park*, Handbuch Durchsuchung und Beschlagnahme, 2. Aufl. 2009, Rn. 575; *Schäfer*, in: *Löwe/Rosenberg* (LR), StPO, Stand: 1. 10. 2003, § 97 Rn. 96; *Gericke*, in: *Heidelberger Kommentar* (HK) zur StPO, 4. Aufl. 2009, § 97 Rn. 79; *Burhoff*, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 5. Aufl. 2009, Rn. 302.

<sup>10</sup> Unter Bezugnahme auf *Beulke*, in: Festschrift Lüderssen, 2002, S. 693 (707).

<sup>11</sup> *BVerfGE* 110, 226 (252) = JZ 2004, 670 (672) mit Anm. *Woblers*.

<sup>12</sup> *BVerfGE* 110, 226 (253).

die Vertrauensbeziehung zwischen Verteidiger und Beschuldigtem nach außen abschirmt und gegen Eingriffe schützt.<sup>13</sup> Dies steht in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des *EGMR*, wonach der Schutz der Vertraulichkeit der zwischen Rechtsanwalt und Mandant ausgetauschten Informationen eine wesentliche Garantie des Rechts auf Verteidigung darstellt.<sup>14</sup> Das schließt zwar Durchsuchungen und Beschlagnahmen bei einem Verteidiger, der selbst Beschuldigter in einem gegen ihn gerichteten Strafverfahren ist, nicht generell aus, aber die herausgehobene Bedeutung der Berufsausübung eines Rechtsanwalts für die Rechtspflege und die Wahrung der Rechte seines Mandanten gebietet dann die besonders sorgfältige Beachtung der Eingriffsvoraussetzungen und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.<sup>15</sup> Mit anderen Worten: Die Beschlagnahmenvorschriften müssen, um den erforderlichen Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Verteidiger und Beschuldigtem nicht zu gefährden, verfassungskonform interpretiert werden.

Eine solche verfassungskonforme Interpretation fehlt dem vorliegenden Urteil. Mit der vom *BVerfG* geforderten besonders sorgfältigen Beachtung der Eingriffsvoraussetzungen ist es nicht zu vereinbaren, wenn Durchsuchungen schon beim Vorliegen eines bloßen Anfangsverdachts zulässig wären. Hier ist den Ermittlungsbehörden vielmehr von Verfassung wegen Zurückhaltung auferlegt. Damit das Institut der Strafverteidigung wirksam vor voreiligen Eingriffen geschützt wird, darf die Staatsanwaltschaft von den ihr zustehenden Eingriffsbefugnissen nur schonenden Gebrauch machen.<sup>16</sup> Verfassungsrechtlich unbedenklich wäre es, ließe man – wie im Schrifttum gefordert – Zwangsmaßnahmen erst nach erfolgtem Ausschluss des Verteidigers zu. Aber wenigstens setzen derartige Maßnahmen gewichtige Anhaltspunkte für einen Tatverdacht gegen den Verteidiger voraus, wobei der Begriff der gewichtigen Anhaltspunkte weiterer Präzisierung bedarf, um nicht unscharf zu werden.<sup>17</sup> Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz setzt Durchsuchungen und Beschlagnahmen zusätzliche Grenzen: Die Durchsuchung muss erforderlich sein und auf der Grundlage einer Abwägung widerstreitender Interessen erfolgen. Je geringer der Vorwurf sich darstellt, je stärker das Vertrauensverhältnis betroffen ist und je gezielter auf Kommunikationsunterlagen zugegriffen wird, desto höher müssen die Anforderungen an die Durchsuchung und deren Begründung ausfallen.

Da der Senat, was nach der vorangegangenen Ablehnung des Erfordernisses eines gravierenden Verstrickungsverdachts an sich überflüssig ist, in Rn. 16 ff. (*BGH* JZ 2010, 99) eine Begründung für das Vorliegen eines gesteigerten Anfangsverdachts nachschiebt, dürfte das Urteil einer verfassungsrechtlichen Überprüfung wohl standhalten. Der erste Leitsatz ist aber, da er die Grundrechtsproblematik vernachlässigt, zweifellos zu eng gefasst.

## II. Wahrheitspflicht des Verteidigers

An der Aufhebung des Freispruchs wegen des Vorwurfs versuchter Strafvereitelung in Tateinheit mit Beihilfe zur uneidlichen Falschaussage ist dagegen nichts auszusetzen. Der angeklagte Anwalt wusste, dass der Vater seines Mandanten mit einem dubiosen Zeugen in Kontakt stand und mit diesem eine „bezahlte Sache“ vereinbart hatte. Des Weiteren wusste der Anwalt aus Telefonaten mit diesem Zeugen, dass jener als Zeuge vor Gericht wahrheitswidrig aussagen wollte. Es ist jedoch nicht nur beim Wissen des Anwalts über geplante Durchstechereien und Falschaussagen geblieben, vielmehr hat der Verteidiger daran sogar aktiv mitgewirkt: Er hat sich nämlich zum einen im Gespräch mit dem Vater seines Mandanten über den Zeugen positiv geäußert: man könne ihm vertrauen, er habe zwei Jahre Jura studiert und schon einen Brief an das Gericht geschrieben, der sich gewaschen habe; zum anderen hat er sich gegenüber dem dubiosen Zeugen erfreut darüber gezeigt, dass dieser die Auftragserteilung durch seinen Mandanten leugnen werde und dazu bemerkt: „Das passt gut.“ Von dem Zeugenauftritt versprach sich der Verteidiger offenbar eine Provokation des Vorsitzenden und erhoffte, daraus die Besorgnis der Befangenheit herleiten zu können.

Wer als Verteidiger sicheres Wissen von der geplanten Falschaussage eines Zeugen hat und diesen in seinem Entschluss aktiv bestärkt, erfüllt, wie der Senat zutreffend feststellt, die Voraussetzungen der §§ 153, 27 StGB. Das entspricht auch der Auffassung in der Literatur.<sup>18</sup> Ein solches Verhalten wäre nach ständiger *BGH*-Rechtsprechung überdies als täterschaftliche (versuchte) Strafvereitelung strafbar;<sup>19</sup> darauf stellt der Senat im vorliegenden Urteil allerdings nicht ausdrücklich ab. Der *BGH* hebt dagegen hervor, dass der Verteidiger für die Richtigkeit von Zeugenaussagen nicht einzustehen hat und auch nicht verpflichtet ist, eine Falschaussage zu verhindern. Erst das Zusammenspiel von aktivem Tun und gesteigertem Vorsatzgrad führt also dazu, Verteidigerverhalten als strafbar anzusehen.

Während der prozessuale Schutzbereich der Freiheit der Kommunikation von Verteidiger und Beschuldigtem im vorliegenden Urteil in bedenklicher Weise verkürzt wird, überzeugen die materiellrechtlichen Bewertungen. Hieraus ergeben sich weder neue Strafbarkeitsrisiken noch Gefahren dafür, dass Strafverteidiger ihren Berufsauftrag zukünftig nicht mehr erfüllen könnten.

<sup>13</sup> *BVerfG* NJW 2007, 2749 (2750); vgl. ferner *BVerfG* NJW 2005, 1917 (1919). Dies erfülle auch wichtige Funktionen für die Wahrung der Menschenwürde des Beschuldigten; vgl. dazu *Löffelmann*, in: AnwK-StPO, 2007, § 97 Rn. 20; sowie *Krekelier/Löffelmann*, ebenda, Einleitung Rn. 139; *Jahn/Lüderssen*, in: LR-StPO, 26. Aufl. 2007, § 148 Rn. 4.

<sup>14</sup> Vgl. dazu *Julius*, in: HK/StPO (Fn. 9), § 148 Rn. 2; *EGMR* NJW 2007, 3409 (3411); *EGMR* EuGRZ 2003, 472 (478).

<sup>15</sup> *BVerfG* NJW 2006, 2974 (2975); NJW 2008, 2422 (2423); NJW 2009, 281 (282).

<sup>16</sup> *BVerfGE* 110, 226 (269) bezogen auf den Verdacht der Geldwäsche.

<sup>17</sup> Zur Kritik an der Unschärfe dieses Begriffs bezogen auf Fälle des Verstrickungsverdachts vgl. *Burhoff* (Fn. 9), Rn. 302.

<sup>18</sup> *Beulke*, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 1989, Rn. 92; *Zeifang*, Die eigene Strafbarkeit des Strafverteidigers im Spannungsfeld zwischen prozessuellem und materiellem Recht, 2004, S. 196 ff.; *Winkler* (Fn. 7), S. 332 (347 ff.) (jeweils mit Rechtsprechungsnachweisen); im konkreten Fall zustimmend: *Stephan* StRR 2009, 348 (350).

<sup>19</sup> Vgl. dazu die entgegen gesetzten Positionen der Lehre: *Lackner/Kühl* (Fn. 1), § 258 Rn. 10; *Krekelier* NSTz 1989, 146 (150); *Stumpf*, Die Strafbarkeit des Strafverteidigers wegen Strafvereitelung (§ 258 StGB), 1999, S. 86 ff.