

Schriften zum Prozessrecht

---

Band 157

**Über den Mißbrauch  
von Mitwirkungsrechten  
und die Mitwirkungspflichten  
des Verteidigers im Strafprozeß**

Von

**Dr. Gerhard Grüner**



**Duncker & Humblot · Berlin**

**Dr. GERHARD GRÜNER**

**Über den Mißbrauch von Mitwirkungsrechten  
und die Mitwirkungspflichten des Verteidigers im Strafprozeß**

**Schriften zum Prozessrecht**

**Band 157**

# Über den Mißbrauch von Mitwirkungsrechten und die Mitwirkungspflichten des Verteidigers im Strafprozeß

Von

Dr. Gerhard Grüner



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Grüner, Gerhard:**

Über den Mißbrauch von Mitwirkungsrechten und Mitwirkungspflichten  
des Verteidigers im Strafprozeß / von Gerhard Grüner. –

Berlin : Duncker und Humblot, 2000

(Schriften zum Prozessrecht ; Bd. 157)

Zugl.: Dresden, Techn. Univ., Diss., 1999

ISBN 3-428-10111-1

Alle Rechte vorbehalten

© 2000 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0219

ISBN 3-428-10111-1

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

*Meinem Vater posthum*



## **Vorwort**

Die folgende Arbeit lag der Juristischen Fakultät an der Technischen Universität Dresden im Sommersemester 1999 als Inaugural-Dissertation vor. Rechtsprechung und Literatur wurden bis zum 31.8.1999 berücksichtigt. Dank schulde ich Herrn Prof. Dr. Knut Amelung für die lehrreiche Schulung während meiner Assistentenzeit in Dresden, die Vergabe des Themas, seine immerwährende Geduld und die kritisch-tolerante Korrektur der Arbeit, sowie Herrn Prof. Dr. Otto Lagodny und Herrn Prof. Dr. Hans-Ullrich Paeffgen für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens bzw. des auswärtigen Gutachtens. Besonderen Dank schulde ich Herrn RA Dr. Klaus Wasserburg aus Mainz für vielfältige Hilfestellung von der Literaturbeschaffung bis hin zur fruchtbaren Diskussion (insbesondere im Hinblick auf strafrechtspraktische Gesichtspunkte) in der Endphase der Arbeit.

Nicht vergessen werden dürfen in diesem Zusammenhang meine Lebensgefährtin Gülcan Yildirim, ohne deren Unterstützung die Arbeit nicht möglich gewesen wäre, sowie Herr Staatsanwalt Stefan Engels als ebenso bohrender wie aufmunternder Diskussionspartner und Korrekturleser.

Wiesbaden, März 2000

*Gerhard Grüner*





# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b>	13
<i>Erster Teil</i>	
<b>Die rechtliche Doppelstellung des Verteidigers als Prozeßsubjektsgehilfe und Organ der Rechtspflege</b>	15
A. Der Verteidiger als Prozeßsubjektsgehilfe des Beschuldigten	15
I. Historischer Hintergrund	16
II. Subjektstellung des Beschuldigten als Leitidee	18
III. Strukturierung der Verteidigerfunktionen	21
1. Subjektstellung und prozessuale Autonomie	21
2. Subjektstellung und dialektische Wahrheit	24
3. Konsequenzen für den Verteidiger	27
4. Verteidiger und Legitimation durch Verfahren	29
a) Wahrheit und soziale Wirklichkeit	31
b) Die Rechtskraft des unwahren Sachurteils	36
c) Gerechtigkeit und Legitimation des Verfahrens	40
B. Der Verteidiger als Organ der Rechtspflege	41
I. Vorbehalte gegen den Verteidiger im inquisitorischen Strafprozeß	42
II. Freie Advokatur und freie Verteidigung	46
C. Die Doppelstellung des Verteidigers als Grundsatzproblem	47
I. Der Alternativentwurf Verteidigung	51
1. Unklare prozessuale Konzeption	52
2. Zur Geltung des anwaltlichen Standesrechts	54
II. Die eingeschränkte Organtheorie von Beulke	58
1. Eingeschränkte Organtheorie und anwaltliches Standesrecht	58
2. Mitwirkung des Verteidigers und öffentliches Interesse	59
3. Der Verteidiger als Komplize des Beschuldigten	63
4. Die zusätzlichen öffentlichen Interessen im einzelnen	64
a) Das öffentliche Interesse an der Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland	64
b) Das öffentliche Interesse an der Effektivität der Strafrechtspflege	66
c) Das öffentliche Interesse an der Effektivität der Verteidigung	68
5. Abschließende Wertung	72

III. Das Vertragsprinzip von Lüderssen .....	73
1. Zur Überlagerung strafprozessualer Wertungsmaßstäbe im Mandatsverhältnis .....	74
2. Zum Standesrecht als öffentlich-rechtliche Komponente im Mandatsverhältnis .....	78
3. Abschließende Wertung .....	79
D. Zusammenfassung Erster Teil .....	80

### *Zweiter Teil*

<b>Die Mißbrauchsproblematik – Der Verteidiger als Spießgeselle des Beschuldigten oder als Gehilfe des Gerichts</b>	82
A. Die Mißbrauchsproblematik als Zentralbegriff in Rechtsprechung und Rechtspolitik .....	85
B. Prozessuale Gegenmacht – Soziale Gegenmacht als kritische Masse der Mißbrauchsproblematik .....	90
I. Die widersprüchliche Prozeßstruktur .....	91
II. Anwaltliches Standesrecht als Einbruchstelle staatlicher Restriktion ...	93
III. Akzeptanz des Verteidigers als Helfer inquisitorischer Wahrheitsfindung .....	94
IV. Keine Akzeptanz des Verteidigers als soziale und prozessuale Gegenmacht .....	96
1. Die Kommunistenprozesse der Weimarer Zeit und der frühen Bundesrepublik .....	97
2. Die RAF-Prozesse .....	100
C. Versuch einer systematischen Lösung .....	106
I. Mißbrauchsproblematik als strafprozessuale Problemstellung .....	107
1. Vorüberlegung: Prozeß als Kampf ums Recht .....	108
2. Prozeßimmanente Grenzen prozessualer Mißbrauchsabwehr .....	110
3. Zur Reichweite prozessualer Wertungsmaßstäbe .....	116
II. Keine eigenständige Bedeutung der Verteidigerdelikte .....	119
1. Prozeßordnungswidrigkeit als versteckt strafrechtlicher Maßstab der Verteidigerdelikte .....	120
2. Prozeßhandlung als maßgebliches Abgrenzungskriterium .....	122
a) Abgrenzungsfunktion .....	124
b) Zuordnungsfunktion .....	127
III. Das anwaltliche Standesrecht als Instrument gegen mißbräuchliches Verteidigerverhalten .....	133
1. Organstellung und Sachlichkeitsgebot als standesrechtlicher Mißbrauchsvorbehalt .....	134
2. Das Lügeverbot als standesrechtlicher Mißbrauchsvorbehalt .....	137
3. Schützende Funktion des anwaltlichen Standesrechts .....	142

IV. Sonderproblem: Weisungsgebundenheit des Verteidigers .....	145
1. Weisungsgebundenheit und standesrechtliche Wertungsmaßstäbe ...	147
2. Weisungsgebundenheit und prozessuale Wertungsmaßstäbe .....	149
a) Problemfälle: Beweisantrag-Ablehnungsantrag .....	150
b) Subjektstellung-Subjektsdefizit als Bezugspunkte der Weisungsgebundenheit .....	151
c) Subjektstellung des Beschuldigten und Weisungsgebundenheit .	153
d) Subjektsdefizit und Weisungsgebundenheit .....	157
e) Keine Einschränkungen der Weisungsgebundenheit des Verteidigers .....	163
V. Zusammenfassung Zweiter Teil .....	164

*Dritter Teil*

**Die Mitwirkungspflichten des Verteidigers – Der Bundesgerichtshof auf dem Weg zum unparteilichen Parteiprozeß** 167

A. Der Verteidiger als Garant einer funktionsfähigen Hauptverhandlung .....	171
I. Der Vergleich mit bisher diskutierten Mitwirkungspflichten .....	171
II. Der Verteidiger als Beweisantragspfleger des Beschuldigten .....	176
1. Beweisantragspflegschaft als Richterrechtspolitik .....	178
2. Unzulässigkeit der Beweisantragspflegschaft nach geltendem Recht .....	179
III. Mitwirkungs- und Übernahmepflicht: Der Pflichtverteidiger als Staats-Anwalt .....	182
1. Verschärfung der Mitwirkungs- und Übernahmepflicht im staatlichen Interesse durch den Bundesgerichtshof .....	184
2. BVerfGE 9, 36 ff.: Pflichtverteidigung und staatliche Fürsorge ...	188
3. BVerfGE 39, 238 ff.: Pflichtverteidigung und Verfahrenssicherung .	192
4. Grenzen von Mitwirkungs- und Übernahmepflicht nach geltendem Recht .....	198
B. Der Verteidiger als Garant eines justizförmigen Verfahrens .....	201
I. Dogmatik der unselbständigen Beweisverwertungsverbote und Widerspruchslösung .....	205
1. Die dogmatischen Grundlagen unselbständiger Beweisverwertungsverbote .....	206
2. Widerspruchslösung und richterliche Aufklärungspflicht .....	209
a) Richterliche Aufklärungspflicht und Heilung von Verfahrensfehlern .....	209
b) Keine rechtlichen Anknüpfungspunkte für die Widerspruchslösung als Ausnahmemodelle zur richterlichen Aufklärungspflicht .	211
3. Die Abwägungslehre als inquisitorische Umgehungskonstruktion ..	217
II. Rügeverlust durch zurechenbares Parteiverhalten und Mitwirkungspflichten des Verteidigers .....	220

1. Spannungsverhältnis zwischen Recht und richterlicher Definitionsmacht .....	221
2. Zur Verzichtbarkeit von Verfahrensnormen .....	225
a) Verzichtbarkeit und Amtsaufklärungspflicht .....	226
b) Belehrungspflichten und Benachrichtigungspflichten als unverzichtbare Verfahrensnormen .....	229
c) Verzicht und Verwirkung als Tatbestände des Rügeverlusts ....	232
3. Revisionsrechtliche Mitwirkungspflichten des Verteidigers und Rügeverlust .....	236
a) Faktische Übertragung der Belehrungspflichten auf den Verteidiger .....	240
b) Faktischer Rügeverlust durch Beweislast .....	244
C. Zusammenfassung Dritter Teil .....	246
Literaturverzeichnis .....	248
Sachwortverzeichnis .....	273

## Einleitung

„Es ist eine heilige Forderung der Gerechtigkeit, daß der dem juristisch durchgebildeten Anklagebeamten gegenüber fast wehrlose Angeklagte in allen Nicht-Bagatell-Fällen der Verteidigung nicht ermangele.“ So beginnt das bekannte Handbuch von Dahs, bekanntlich das Standardwerk zur deutschen Strafverteidigung.<sup>1</sup> Die prozessuale Wirklichkeit sieht für den Strafverteidiger allerdings vergleichsweise düster aus. Das ist in einer inquisitorisch geprägten Prozeßordnung wie dem reformierten Strafprozeß schon strukturell bedingt. Der Strafrichter Bartning bemerkt in den Zwanziger Jahren: „Eine organische und systematische Verteidigung wird durch das geltende Recht unmöglich. Die Binde vor den Augen der Justitia trägt in Wirklichkeit der Verteidiger.“<sup>2</sup> Zusätzlich hat das anwaltliche Standesrecht die dem Verteidiger entgegengebrachten Vorbehalte der staatlichen Rechtspflegeorgane, wegen der kläglichen Rolle des Verteidigers im gemeinrechtlichen Inquisitionsprozeß auch historisch bedingt, nicht in Form einer gesetzlichen Garantie der Seriosität des Verteidigungspersonals überwinden können. Angesichts dieser Umstände verwundert es nicht, daß engagierte Strafverteidigung leicht der Komplizenschaft mit dem Beschuldigten gleichgestellt wird. „Der Deutsche hat kein Talent zur Strafverteidigung. Lieber klagt er an, am liebsten richtet er ... Doch das besonnene, taktisch bedachte Eintreten für einen anderen, das liegt ihm nicht.“<sup>3</sup>

Unter diesen Vorzeichen erscheint es folgerichtig, daß die deutsche Strafverteidigung wenn überhaupt, dann als lästiges Prozeßproblem ins Gespräch kommt. In aller Regel finden derartige Erwägungen unter dem Gesichtspunkt des *Mißbrauchs* von Verteidigerrechten statt. Darf der Verteidiger lügen? Darf er dem Beschuldigten von einem Geständnis abraten? Darf er Weisungen vom Beschuldigten entgegennehmen? Derartige Fragen wurden in der Vergangenheit im Zusammenhang mit der Mißbrauchsproblematik diskutiert. Neuerdings wird in der Rechtsprechung zusätzlich das Bestreben deutlich, die Stellung des Verteidigers an *Mitwirkungspflichten* für eine funktionstüchtige Strafrechtspflege bzw. für die justizförmige Durchführung des Prozesses zu knüpfen, um die staatlichen Rechtspflegeorgane zu entla-

---

<sup>1</sup> Dahs, Handbuch des Strafverteidigers, das Zitat stammt von Binding.

<sup>2</sup> Zitiert nach Müller-Meinigen jr., Der Verteidiger im heutigen Recht S. 49 (61).

<sup>3</sup> Mauz, Prozesse ohne Verteidigung S. 7.

sten. Markstein dieser Entwicklung ist zum einen die Entscheidung BGHSt 38, 111 ff., die die Ernennung des Verteidigers zum Beweisantragspfleger des Beschuldigten zum Gegenstand hat, zum anderen die in BGHSt 38, 214 ff., entwickelte Widerspruchslösung, wonach die Erhaltung von Beweisverwertungsverböten zugunsten des Beschuldigten von einem Widerspruch des Verteidigers nach Art einer zivilprozessualen Einrede abhängig ist.

Erst recht vor dem Hintergrund einer aus Justizkreisen dem Verteidiger zunehmend angekreideten Krise des Strafprozesses und einer in absehbarer Zeit nicht zu erwartenden Strukturreform des geltenden Rechts,<sup>4</sup> war diese Entwicklung Anlaß für die nachfolgende Untersuchung. Ausgehend von den mit der Doppelstellung des Verteidigers als prozessualer Prozeßsubjektsgehilfe des Beschuldigten sowie als standesrechtliches Organ der Rechtspflege zusammenhängenden Grundfragen im *Ersten Teil*, wird im *Zweiten Teil* der Versuch der Aufarbeitung und Analyse der Mißbrauchsproblematik unternommen und abschließend im *Dritten Teil* auf die Mitwirkungspflichten des Verteidigers als Garant eines justizförmigen Strafprozesses eingegangen. Ziel einer so weitgespannten Untersuchung kann es naturgemäß nicht sein, Einzelfragen erschöpfend auszudiskutieren, die sich im Zusammenhang mit dem Verteidiger im Strafprozeß bekanntlich in vielfältiger Form stellen. Es geht vielmehr darum, allgemeine Grundsätze zu entwickeln bzw. wieder zu entdecken und dadurch Leitlinien zur Behandlung solcher Fragestellungen vorzuschlagen.

---

<sup>4</sup> Näher Rieß, FG-Friebertshäuser S. 103 (106 ff.).

## Erster Teil

# Die rechtliche Doppelstellung des Verteidigers als Prozeßsubjektsgehilfe und Organ der Rechtspflege

Nach § 138 I<sup>1</sup> sind als Verteidiger im Strafprozeß in erster Linie Rechtsanwälte zugelassen. Daraus folgt eine Doppelstellung des Verteidigers im Spannungsfeld zwischen Strafprozeßrecht und anwaltlichem Standesrecht. Schon angesichts der eingangs angesprochenen strukturell bedingten und grundlegenden Unsicherheiten bedarf es einer Verdeutlichung dieser Rechtsstellung. Das soll im Ersten Teil der Untersuchung geleistet werden. Dabei wird zunächst auf die strafprozessualen Gesichtspunkte eingegangen (unter A.), bevor die Wechselwirkungen zwischen anwaltlichem Standesrecht und Strafprozeßrecht, sowie die aus dieser rechtlichen Doppelstellung des Verteidigers folgenden Problemstellungen näher beleuchtet werden (unter B. und C.).

### A. Der Verteidiger als Prozeßsubjektsgehilfe des Beschuldigten

Die Einrichtung der Verteidigung als *elementare Verfahrensinstitution* ist ein Hauptanliegen der StPO von 1877 (*RSiPO 1877*)<sup>2</sup>, die dem geltenden deutschen Strafprozeßrecht zugrundeliegt. Nach § 137 I 1 kann sich der Beschuldigte<sup>3</sup> in jeder Lage des Verfahrens des Beistands eines Verteidigers bedienen. In den Fällen des § 140 schreibt der Gesetzgeber die Mitwirkung eines Verteidigers sogar zwingend vor. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs soll der Auftrag des Verteidigers nicht nur im Interesse des Beschuldigten, sondern auch in dem Interesse einer am Rechtsstaatsgedanken ausgerichteten Strafrechtspflege liegen.<sup>4</sup> Die Mitwirkung des Verteidigers sei kein Luxus, der bei richtigem Funktionieren des Gerichts auch entbehrt werden könne, sondern ein echtes Erfordernis wirklicher Rechts-

---

<sup>1</sup> Gesetzesangaben ohne Kennzeichnung sind im folgenden solche der Strafprozeßordnung.

<sup>2</sup> Strafprozeßordnung v. 1. Februar 1877, RGBl. S. 253.

<sup>3</sup> Aus Vereinfachungsgründen wird der Begriff des Beschuldigten anders als in § 157 im folgenden untechnisch für jedes Verfahrensstadium benutzt.

<sup>4</sup> BGHSt 29, 99 (106).