

verhängte Strafe trotz des Rechtsfehlers angemessen erscheint. Hinter dieser recht harmlosen Formulierung steckt etwas Revolutionäres, nämlich die Zubilligung eigener Strafzumessungstätigkeit des Revisionsgerichts. Damit stellt sich die Vorschrift als Fremdkörper im Revisionsrecht dar. Strafzumessung erfolgt nach Durchführung einer Beweisaufnahme über die Strafzumessungstatsachen. Eine Beweisaufnahme führt das Revisionsgericht aber gar nicht durch. Aufhänger für die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu § 354 Abs. 1 Buchst. a StPO war ein möglicher Verstoß gegen das - auch - in Art. 20 Abs. 3 GG verankerte Recht auf ein faires Verfahren. Das BVerfG hielt es nicht für akzeptabel, dass dem Revisionsgericht bei Anwendung des § 354 Abs. 1 Buchst. a StPO ein möglicherweise nicht mehr aktueller und lediglich vom Tatgericht festgestellter Strafzumessungssachverhalt zur Verfügung steht. Allerdings zog es hieraus nicht die Konsequenz der Verfassungswidrigkeit der Norm, sondern implantierte in das Revisionsverfahren ein so vom Gesetz nicht vorgesehenes Verfahren über die Anhörung der Verfahrensbeteiligten zum Strafzumessungssachverhalt. Diesen wird Gelegenheit gegeben, sich zur Aktualität und Vollständigkeit der Strafzumessungstatsachen zu äußern. Das BVerfG hat mit eigenen Worten damit den Weg der verfassungskonformen Auslegung gewählt, wobei, da, wie gesagt, das Anhörungsverfahren im Gesetz gar nicht vorgesehen ist, weniger eine Auslegung als eine richterliche Rechtsfortbildung vorliegt. Konsequenter - und das ist keine Frage - wäre es gewesen, die Vorschrift für verfassungswidrig zu erklären. Dass dies nicht geschehen ist, zeigt nur wieder, dass das Gericht im Bereich des Strafrechts geneigt ist, den mit der Einführung einer Strafnorm verbundenen gesetzgeberischen Willen nicht zu korrigieren. Es wäre sehr wünschenswert, wenn es bei Fehlgriffen des Gesetzgebers, die aufgrund seiner Aktivität auf dem Bereich des Strafrechts vermutlich zukünftig nicht weniger werden, diese Zurückhaltung aufgeben würde. Vielleicht könnte dazu beitragen, den Anteil von Strafrechtlern unter den Richterinnen und Richtern zu steigern.

Eines ist dessen ungeachtet klar: Jede nur einigermaßen bedeutsame Novellierung unseres Strafrechts wird früher oder später auf dem Tisch des BVerfG zur Prüfung liegen. Seien wir mit diesem im Endeffekt also nicht allzu ungnädig.

Strafprozessrecht

Rechtsanwalt Sven Diener, Düsseldorf¹

Die Prozessbeobachtung im Strafverfahren - Leitfaden für die anwaltliche Praxis

I. Einführung

Insbesondere in umfangreichen Wirtschaftsstrafverfahren stellt die Beobachtung von parallel laufenden Strafverfahren im gleichen Komplex einen zentralen Punkt bei der Vorbereitung der Verteidigung des eigenen Mandanten, der Vertretung eines Zeugen oder auch der Durchsetzung von Unternehmensinteressen dar. Dies wurde u.a. eindrucksvoll durch einen Bericht der Frankfurter Allgemeinen Sonntagszeitung (F.A.S.) aus dem Jahr 2016 in das öffentliche Bewusstsein getragen. Die Öffentlichkeit im Strafverfahren gegen ehemalige Vorstände der Porsche AG, die sich seinerzeit wegen des Vorwurfs der Marktmanipulation vor dem Landgericht Stuttgart verantworten mussten, bestand – neben einigen Journalisten – nahezu ausschließlich aus anwaltlichen Prozessbeobachtern.²

Längst nicht alle Richter nehmen die Teilnahme von Personen, die sich als Zuhörer im Gerichtssaal eifrig Notizen machen, kommentar- und widerstandslos hin. Mögen sich einige Vorsitzende noch mit der pauschalen Antwort man sei „die Öffentlichkeit“ zufrieden geben, beharren andere darauf zu erfahren, wer genau dem Verfahren folgt – und vor allem in wessen Auftrag er dies tut. Dies führt mitunter zu unklaren Situationen, insbesondere dann

¹ Der Verfasser ist als Rechtsanwalt in der auf Wirtschaftsstrafrecht spezialisierten Kanzlei VBB Rechtsanwälte mit Standorten in Düsseldorf und Essen tätig.

² F.A.S. vom 28.02.2016, S. 25.

wenn es zur Frage der Preisgabe der Identität des Mandanten kommt, die das Gericht oftmals zur Voraussetzung des weiteren Verbleibs in der Hauptverhandlung macht. Diese Erfahrung hat der Verfasser des nachfolgenden Beitrags als Verteidiger eines gesondert Verfolgten unlängst selbst machen müssen, wobei sich die Kammer und die Vertreter der Staatsanwaltschaft auf die – längst überholte – Rechtsprechung des BGH aus dem Jahr 1952³ beriefen.

II. Prozessbeobachtung als Verteidiger eines gesondert Verfolgten

Insbesondere in umfangreichen Wirtschaftsstrafverfahren kann es vorkommen, dass mehrere Beschuldigte nicht gemeinsam, sondern „*etappenweise*“ angeklagt oder einzelne Verfahrenskomplexe durch die Kammer zu gesonderter Verhandlung abgetrennt werden. Eine solche Situation kann für die Staatsanwaltschaft unter anderem den Vorteil haben, dass sie die in der Hauptverhandlung gewonnenen Erkenntnisse für die weiteren (Ermittlungs-) Verfahren verwenden kann. In einem solchen Verfahren besteht dann – jedenfalls in einem Großteil der Fälle – die Möglichkeit einen gesondert Verurteilten als Zeugen zu vernehmen, ohne dass dieser noch von seinem Auskunftsverweigerungsrecht gem. § 55 Abs. 1 StPO Gebrauch machen kann.⁴

Demzufolge ist es – bereits aus Gründen der Gewährleistung der prozessualen Waffengleichheit zwischen Verteidigung und Staatsanwaltschaft – für eine sach- und interessengerechte Verteidigung von überragender Bedeutung, sich als Verteidiger eines gesondert Verfolgten über den Gang einer parallel laufenden Hauptverhandlung, insbesondere die Einlassungen der Angeklagten und Aussagen der Zeugen sowie das Verhalten der Staatsanwaltschaft umfassend zu informieren.

1. Verteidiger eines gesondert Verfolgten als stets zulässige Öffentlichkeit i.S.d. § 169 S. 1 GVG?

Die einem solchen Sachverhalt zugrundeliegenden Rechtsprechung des BGH geht auf eine – tatsächlich immer noch „*aktuelle*“ und von der Rechtsprechung vielzitierte⁵, aber rechtlich inzwischen überholte – Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1952 zurück.⁶ In dem damals zu entscheidenden Fall forderte der Vorsitzende einen Zuhörer auf,

„[...] den Sitzungssaal zu verlassen, weil es nicht angehe, dass er der Verhandlung zuhört, obwohl gegen ihn ein mit diesem Verfahren zusammenhängendes Verfahren schwebt.“⁷

Diese Aufforderung wurde durch den BGH nicht beanstandet, wobei die Begründung in der heutigen Zeit erhebliche Zweifel an ihrer fortgesetzten Richtigkeit weckt, sofern hiervon auch der Verteidiger eines gesondert Verfolgten – wie teilweise in der Praxis vertreten – erfasst sein soll. Der BGH führte seinerzeit im Wesentlichen aus:

„Gegen den Zuhörer schwebte aber wegen derselben Vorgänge, die den Gegenstand dieses Verfahrens bildeten, ein Ermittlungsverfahren [...]. Dieses gegen den Angestellten gerichtete Ermittlungsverfahren war - wie jedes andere Ermittlungsverfahren - nicht öffentlich. Nur die Hauptverhandlung steht unter dem Grundsatz der Öffentlichkeit. Das im Ermittlungsverfahren der Grundsatz der Öffentlichkeit nicht gilt und nicht einmal die Parteiöffentlichkeit vorgesehen ist, hat seinen Grund in den Zwecken des Ermittlungsverfahrens. In dem gegen ihn gerichteten Ermittlungsverfahren hatte der zum Verlassen des Sitzungssaales aufgeforderte Zuhörer also nicht das Recht, der Vernehmung eines Zeugen oder Mitbeschuldigten zuzuhören. [...] Für den zum Verlassen des Sitzungssaales aufgeforderten Zuhörer bedeutete die Hauptverhandlung nichts anderes als ein Stück des gegen ihn gerichteten Ermittlungsverfahrens, weil in ihr dieselben Tatsachen und Umstände zur Sprache kamen, aus denen gegen ihn der Vorwurf der Hehlerei hergeleitet wurde.“⁸

Demnach seien nach Auffassung des BGH aus dem Jahre 1952 der Grundsatz der Öffentlichkeit und die Grundsätze des Ermittlungsverfahrens, das größtenteils heimlich erfolge, in einen angemessenen Ausgleich zu bringen, bei dem der Vorsitzende am Ende

³ BGHSt 3, 387.

⁴ Vgl. BGH NSTZ 2010, 463.

⁵ So u.a. BGH NSTZ 2001, 163 und BGH NJW 2001, 2732.

⁶ BGHSt 3, 387.

⁷ BGHSt 3, 387.

⁸ BGHSt 3, 387 (389).

„[...] die Wahrung der für das Ermittlungsverfahren geltenden Grundsätze für wichtiger halten und ihnen deshalb den Vorzug geben durfte.“⁹

Diese Entscheidung kann jedoch vor dem Hintergrund der Veränderungen, die die Strafprozessordnung und das Strafverfahren als solches seit dem Jahre 1952 erfahren haben, zumindest nicht mehr auf den Verteidiger eines gesondert Verfolgten als Prozessbeobachter übertragen werden. Dazu ist folgendes zu bedenken:

a) Anwesenheitsrecht des Verteidigers nach § 168c Abs. 2 StPO

Erst mit dem 1. StVRG von 1974 wurde auch die Vorschrift des § 168c StPO zur Regelung der Anwesenheitsrechte bei richterlichen Vernehmungen des Beschuldigten, von Zeugen und Sachverständigen im vorbereitenden Verfahren in die Strafprozessordnung aufgenommen. Ziel war es insbesondere, die Einhaltung des Grundsatzes der Waffengleichheit zwischen Staatsanwaltschaft und Beschuldigtem unter dem Aspekt zu gewährleisten, dass ein für den weiteren Verlauf des Strafverfahrens möglicherweise entscheidendes Beweisergebnis nicht herbeigeführt werden soll, ohne dass dem Beschuldigten und seinem Verteidiger zuvor Gelegenheit gegeben wurde, hierauf Einfluss zu nehmen.¹⁰ Die Vorschrift des § 168c Abs. 2 StPO, die bei richterlichen Vernehmungen von Zeugen die Anwesenheit des Verteidigers eines Beschuldigten gestattet, muss angesichts der dargestellten Rechtsprechung des BGH in der Praxis jedoch zu dem Ergebnis führen, dass auch dem Verteidiger eines gesondert Verfolgten die Anwesenheit im Rahmen der Hauptverhandlung des Parallelverfahrens als Zuhörer zu gestatten ist – und zwar unabhängig davon, ob dieser als Zeuge in Betracht kommt oder nicht.

Es trifft zu, wenn der BGH davon ausgeht, dass Teil eines Ermittlungsverfahrens gegen einen gesondert Verfolgten auch eine parallel dazu verlaufende Hauptverhandlung in gleicher Sache ist. Damit sind jedoch neben den geladenen Zeugen auch die dort vernommenen Angeklagten, sofern sie sich denn einlassen, zugleich als Zeugen – und nicht etwa als Mitbeschuldigte – im Ermittlungsverfahren gegen den gesondert Verfolgten zu betrachten, die sich einer (ermittlungs-)richterlichen Vernehmung im Rahmen der Hauptverhandlung stellen.¹¹ Eines der Hauptargumente gegen den Verbleib des gesondert Verfolgten im Verfahren war damals, dass der gesondert Verfolgte nicht das Recht gehabt habe, in dem gegen ihn gerichteten Ermittlungsverfahren der Vernehmung eines Zeugen oder Mitbeschuldigten zuzuhören.¹² Dieses Argument verfängt jedoch seit Einführung des § 168c Abs. 2 StPO im Jahre 1974 nicht mehr, da diese Regelung nunmehr ebendieses Recht – zumindest für den Verteidiger eines Beschuldigten im Ermittlungsverfahren – unbeschränkt vorsieht und dem Gericht kein Ermessen in der Entscheidung über die Zulassung einräumt.¹³

Durch die Teilnahme des Verteidigers eines gesondert Verfolgten an einer parallel laufenden Hauptverhandlung sind auch die Voraussetzungen des § 168c Abs. 3 StPO, der den Ausschluss eines Beschuldigten von der Anwesenheit bei der Verhandlung vorsieht, wenn dessen Anwesenheit den Untersuchungszweck gefährden würde, nicht erfüllt. Denn diese Möglichkeit bezieht sich ausschließlich auf die Person des Beschuldigten und dient dem Zweck, eine Beeinflussung von Zeugen durch dessen Anwesenheit zu verhindern.¹⁴ Diese Gefahr besteht jedoch gerade nicht, wenn der Verteidiger eines gesondert Verfolgten – als unabhängiges Organ der Rechtspflege – der Verhandlung beiwohnt.¹⁵

b) Anwesenheitsrecht als Ausfluss von Art. 6 EMRK

Auch Art. 6 EMRK streitet für dieses Ergebnis. Gemäß Art. 6 Abs. 3 lit. b) und d) EMRK hat jeder Beschuldigte in einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren das Recht, ausreichend Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung seiner Verteidigung zu haben und dazu auch an der Vernehmung von Zeugen teilzunehmen.¹⁶ Dafür sind ihm alle aus seiner Sicht erforderlichen Maßnahmen zu ermöglichen, die einer angemessenen Verteidigung unter Berücksichtigung des Umfangs und Stadiums des Verfahrens und der Komplexität der Sach- und Rechtslage hinreichend Rechnung tragen.

⁹ BGHSt 3, 387 (390).

¹⁰ Vgl. Griesbaum in: Karlsruher Kommentar, StPO, 7. Aufl. 2013, § 168c Rn. 1.

¹¹ Vgl. BGHSt 3, 386 (389); dazu auch Burhoff, Handbuch für das strafrechtl. Ermittlungsverfahren, Rn. 3072.

¹² BGHSt 3, 386 (389).

¹³ Vgl. Griesbaum, a.a.O., § 168c Rn. 4, 6; Schneiders StV 1990, 91 (92).

¹⁴ Vgl. Griesbaum, a.a.O., § 168c Rn. 4, 6.

¹⁵ Vgl. Griesbaum, a.a.O., § 168c Rn. 6.

¹⁶ Valerius in: BeckOK StPO, Art. 6 EMRK Rn. 4, 41.

Hinsichtlich der Heranziehung und Befragung von Zeugen ist es Ziel des Art. 6 Abs. 3 lit. d) EMRK, die strafprozessuale „Waffengleichheit“ der Verteidigung in allen Stadien des Strafverfahrens „über im deutschen Strafprozessrecht verankerte Frage- und Anwesenheitsrechte (vgl. § 168c, [...] StPO)“ zu gewährleisten.¹⁷ Hierunter fällt unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführung auch die Möglichkeit zur Beobachtung der Hauptverhandlung in korrespondierenden Parallelverfahren, da diese von der Staatsanwaltschaft im Regelfall auch zur Gewinnung von Informationen und Erkenntnissen für parallel geführte Ermittlungsverfahren genutzt wird und somit nicht ersichtlich ist, wieso sich der anderweitig Verfolgte nicht auf dieselben Erkenntnisquellen stützen können. Eine Einschränkung dieser Grundsätze ist nur in solchen Fällen möglich, in denen die Anwesenheit bei der Zeugenvernehmung gegenläufigen Schutzinteressen, insbesondere dem Opferschutz sowie dem Gebot der Wahrheitsfindung, denen im Einzelfall möglicherweise Vorrang einzuräumen ist, überwiegen.¹⁸

Ausgehend von dem Gebot der Wahrheitsfindung, könnte eine Prozessbeobachtung durch den Verteidiger eines gesondert Verfolgten daher durch die Kammer allenfalls dann abgelehnt werden, wenn der Mandant zugleich als Zeuge in dem beobachteten Verfahren in Betracht kommt.¹⁹ Mit Blick auf das meist umfassende Auskunftsverweigerungsrecht eines gesondert Verfolgten i.S.d. § 55 Abs. 1 StPO²⁰, kann diesem Problem durch dessen Verteidiger jedoch pragmatisch dadurch begegnet werden, dass er für seinen Mandanten erklärt, dieser werde aufgrund seiner besonderen Rolle als gesondert Verfolgter ohnehin nicht in der beobachteten Hauptverhandlung aussagen. In diesem Fall besteht eine Gefährdung der Wahrheitsfindung in Bezug auf den als potentiellen Zeugen in Betracht kommenden gesondert Verfolgten nicht, sodass einer Teilnahme seines Verteidigers an der Hauptverhandlung auch unter diesem Gesichtspunkt keine Bedenken mehr entgegenstehen.

Demnach ist dem Verteidiger eines gesondert Verfolgten grundsätzlich in entsprechender Anwendung des § 168c Abs. 2 StPO, Art. 6 Abs. 3 lit. d) EMRK die Anwesenheit als Zuhörer in einer Hauptverhandlung sowie das Mitschreiben zu gestatten und kann diesem in der Regel selbst dann nicht versagt werden, wenn sein Mandant noch als Zeuge in Betracht kommt.

III. Prozessbeobachtung als Zeugenbeistand

Auch die Rolle des anwaltlichen Zeugenbeistands als Prozessbeobachter – und damit als Teil der Öffentlichkeit nach § 169 S. 1 GVG – ist bisher nicht eindeutig geklärt. Die Stimmen in der (jüngeren) Rechtsprechung und Literatur sind hinsichtlich dieser Frage weiterhin zweigeteilt. Während die eine Seite die Prozessbeobachtung durch den Zeugenbeistand grundsätzlich ablehnt²¹, führt die andere Seite – insbesondere auch die landgerichtliche Rechtsprechung – gute Gründe dafür ins Feld, die Prozessbeobachtung durch den Zeugenbeistand als stets zulässige Öffentlichkeit i.S.d. § 169 S. 1 GVG grundsätzlich zu gestatten.²²

Ein Zeuge ist gem. § 58 Abs. 1 StPO grundsätzlich von der Teilnahme an der Verhandlung als Zuhörer auszuschließen, um eine unbefangene und unabhängige Darstellung des Sachverhalts aufgrund eigener Wahrnehmungen zu gewährleisten.²³ Dies gilt jedoch – auch mit Blick auf die vorstehenden Ausführungen (Punkt B.) – nur insoweit, wie der Zeuge selbst an der Verhandlung als Zuhörer teilnehmen will.²⁴

Zwar ist Gesetzgeber bei der Einführung des die Zeugenbeistandschaft regelnden § 68b StPO im Jahre 1998 davon ausgegangen, dass dem Beistand *dieselben Rechte* zukommen, wie dem Zeugen dessen Interessen er wahrzunehmen und Rechte er zu wahren hat.²⁵ Nach zutreffender Meinung in weiten Teilen der jüngeren Rechtsprechung²⁶ sowie Literatur²⁷ führt dies jedoch *nicht* dazu, dass dem Zeugenbeistand auch *dieselben Pflichten* wie dem

¹⁷ Schmitt in: Meyer-Goßner, StPO, 60. Aufl. 2017, Art. 6 MRK Rn. 22 [Hervorhebungen diesseits].

¹⁸ Schmitt, a.a.O., Art. 6 MRK Rn. 22c.

¹⁹ Siehe hierzu Punkt C.

²⁰ Vgl. BVerfG wistra 2010, 299; BGH NStZ 2010, 463.

²¹ Vgl. KG NJW 2015, 3255; BVerfG NJW 1975, 103; widersprüchlich Schmitt, a.a.O., § 68b StPO Rn. 5, § 176 GVG Rn. 9.

²² Vgl. OVG Berlin, NJW 2002, 313; LG Heilbronn, NStZ 2004, 100 m.Anm. Wagner; zustimmend ebenfalls Maier in: Münchener Kommentar StPO, 1. Aufl. 2014, § 68b Rn. 16; Püschel in: Anwaltskommentar StPO, 2. Aufl. 2010, § 169 GVG Rn. 14 sowie Wickern in: Löwe/Rosenberg, 26. Aufl. 2008, Bd. 10, § 169 GVG Rn. 37.

²³ Schmitt, a.a.O., § 58 StPO Rn. 2 m.w.N. zur einschlägigen Rechtsprechung; nach der Aussage kann einem Zeugen die Anwesenheit in der Hauptverhandlung jedoch gestattet werden.

²⁴ Ignor/Bertheau in: Löwe/Rosenberg, 26. Aufl. 2008, Bd. 2, Vor § 48 StPO Rn. 22.

²⁵ Senge in: Karlsruher Kommentar, StPO, 7. Aufl. 2013, § 68b Rn. 8.

²⁶ Vgl. LG Heilbronn, NStZ 2004, 100 (101); OVG Berlin, Strafo 2001, 375; AG Neuss StraFo 1999, 139.

²⁷ Vgl. u.a. Klengel/Müller, Der anwaltliche Zeugenbeistand im Strafverfahren, NJW 2011, 23; ebenso Wessing/Ahlbrecht, Der Zeugenbeistand, Rn. 40.

von ihm betreuten Zeugen obliegen. Ob ein Zeugenbeistand von der Teilnahme an der gesamten Verhandlung ausgeschlossen werden kann, erscheint daher zweifelhaft, soweit nicht besondere Ausschließungsgründe vorliegen.²⁸

Die Aufgabe des anwaltlichen Zeugenbeistands besteht in erster Linie in der sachgerechten Wahrnehmung der berechtigten Interessen des Zeugen, insbesondere mit Blick auf dessen Recht zur Auskunftsverweigerung nach § 55 Abs. 1 StPO.²⁹ Dieser Aufgabe kann der Zeugenbeistand, insbesondere in komplexen Umfangsverfahren, jedoch nur bedingt gerecht werden, wenn er ausschließlich auf die laienhaften Informationen des Zeugen zurückgreifen kann, der den gesetzgeberischen Überlegungen bei Einführung des § 68b StPO folgend gerade nicht in der Lage ist, die Sach- und Rechtslage eigenständig einer sachgerechten Beurteilung zuzuführen.³⁰

Hinzu kommt, dass die Informationsbeschaffung durch Dritte, nicht unmittelbar am Verfahren beteiligte Personen grundsätzlich keinem Verbotstatbestand unterliegt.³¹ Dementsprechend käme es reiner Förmelerei gleich, wenn dem (mandatierten) Zeugenbeistand das Anwesenheitsrecht in der Hauptverhandlung abgesprochen würde, dieser jedoch einen Kollegen befragen oder einen nicht am Verfahren beteiligten Dritten als Zuhörer in die Hauptverhandlung schicken könnte.³² Zudem ist auch ein als Zeugenbeistand mandatiertes Rechtsanwaltsorgan als unabhängiges Organ der Rechtspflege tätig.³³ Damit ist er ein dem Gericht und der Staatsanwaltschaft gleichgeordnetes Organ in dem Sinne, dass er Teilhaber und nicht etwa Gegner einer funktionsfähigen Strafrechtspflege ist.³⁴ Bereits aus dieser Stellung folgt, dass grundsätzlich nicht davon ausgegangen werden kann, dass die im Rahmen der Prozessbeobachtung erlangten Informationen zur missbräuchlichen Beeinflussung des Zeugen bei seiner späteren Aussage verwendet werden.³⁵

Demzufolge kann nur in solchen Fällen, in denen *konkrete* Anhaltspunkte³⁶ dafür bestehen, dass ein Prozessbeobachter während der Verhandlung angefertigte Aufzeichnungen dazu verwendet, um die Aussage eines im Rahmen der Verhandlung noch zu vernehmenden Zeugen zu beeinflussen³⁷, das Mitschreiben durch den Vorsitzenden untersagt und entsprechende Aufzeichnungen beschlagnahmt werden sowie – als ultima ratio – die Person vom Vorsitzenden des Saales verwiesen werden.³⁸ Versichert der anwaltliche Zeugenbeistand jedoch die Aussagen der anderen Zeugen sowie die Verhandlungsergebnisse nicht unmittelbar an seinen Mandanten weiterzuleiten, besteht aus den o.g. Gründen weder Anlass das weitere Mitschreiben zu untersagen, geschweige denn den Zeugenbeistand von der weiteren Verhandlung auszuschließen³⁹ soweit entgegenstehende *konkrete* Anhaltspunkte nicht bestehen.

Die von den Kritikern eines Anwesenheitsrechts des Zeugenbeistandes in der Hauptverhandlung bis heute herangezogene Entscheidung des BVerfG⁴⁰ aus dem Jahre 1974 vermag hingegen nicht mehr zu überzeugen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, der Änderungen die die Strafprozessordnung – insbesondere durch die gesetzliche Anerkennung des Zeugenbeistandes in § 68b StPO im Jahre 1998⁴¹ und deren Fortentwicklung im Jahre 2009⁴² – sowie der Entwicklungen, die das Strafverfahren mit Blick auf Umfang und Komplexität in den vergangenen Jahrzehnten genommen hat. Danach ist es für eine sachgerechte Wahrnehmung der Interessen des vertretenen Zeugen unerlässlich, dem Zeugenbeistand entsprechende Anwesenheitsrechte im Rahmen der Hauptverhandlung einzuräumen.

²⁸ Schmitt, a.a.O., § 176 GVG Rn. 8-9.

²⁹ Vgl. u.a. Schmitt, a.a.O., § 68b Rn. 4.

³⁰ Vgl. Klengel/Müller, NJW 2011, 23.

³¹ Dahs, „Informationelle Vorbereitung“ von Zeugenaussagen durch den anwaltlichen Rechtsbeistand, NStZ 2011, 200 (201)

³² Vgl. LG Heilbronn, NStZ 2004, 100;

³³ § 1 BRAO

³⁴ Dierlamm in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 4. Aufl. 2014, Kap. 29 Rn. 4

³⁵ Vgl. Dierlamm, a.a.O.

³⁶ BGH NStZ 1982, 389; Schmitt in: Meyer-Goßner, StPO, 60. Aufl. 2017, § 176 Rn. 9

³⁷ so auch die Regelung der Nr. 128 Abs. 2 RiStBV

³⁸ Vgl. BGH, NStZ 1982, 389; OLG Hamm, Beschl. vom 08. August 1989 – 1 Ws 214/89 –, abrufbar über juris; so auch Wickern, a.a.O., § 176 Rn. 19; Schmitt, a.a.O., § 176 GVG Rn. 8-9; a.A.: Minoggio, Unternehmensverteidigung, 3. Aufl. 2016, § 6 Rn. 589

³⁹ Vgl. Püschel, a.a.O., § 169 GVG Rn. 14; Allgayer in: BeckOK StPO, § 176 GVG Rn. 14

⁴⁰ BVerfG NJW 1975, 103

⁴¹ Durch das Zeugenschutzgesetz vom 30.4.1998, BGBl. I 820 ff.

⁴² Durch Art. 1 Nr. 8 des OpferrechtsreformG vom 29.7.2009, BGBl. 2009, I 2280 ff.

IV. Prozessbeobachtung als Unternehmensvertreter

Bei der Prozessbeobachtung für ein Unternehmen (z.B. als Geschädigte⁴³), das *nicht* Nebenbeteiligte oder Nebenklägerin in dem Verfahren ist, gibt es grundsätzlich keine rechtlichen Besonderheiten zu beachten. Vielmehr sind die anwaltlichen Vertreter des Unternehmens ohne weiteres als „*allgemeine Öffentlichkeit*“ i.S.v. § 169 S. 1 GVG anzusehen, soweit dem Unternehmen in diesem Fällen keine besondere (straf-) prozessuale Rolle zukommt. Demzufolge besteht grundsätzlich keine Rechtsgrundlage für das allgemeine und anlasslose Untersagen der Anfertigung von Mitschriften oder der Zuhörerschaft als solcher.

Etwas anderes kann mit Blick auf die vorstehenden Ausführungen⁴⁴ allein dann gelten, wenn Mitarbeiter des Unternehmens in dem Verfahren zugleich als Zeugen in Betracht kommen und zu befürchten steht, dass die durch die Beobachtung des Prozesses gewonnenen Informationen dazu verwandt werden sollen, noch nicht vernommene Zeugen aus der Sphäre des Unternehmens über den Verlauf der Verhandlung zu unterrichten. Allerdings reicht auch hier die bloße Vermutung nicht aus, um das Mitschreiben zu untersagen oder den Prozessbeobachter aus dem Saal zu verweisen. Erforderlich sind vielmehr konkrete Anhaltspunkte, die den Verdacht der Beeinflussung von noch nicht vernommenen Zeugen zu begründen vermögen.⁴⁵

Ist die Nebenbeteiligung eines Unternehmens i.S.d. § 444 StPO, § 88 i.V.m § 30 OWiG angeordnet worden, so ist der anwaltliche Vertreter des Unternehmens gem. §§ 444 Abs. 2 S. 2, 428 Abs. 1 StPO ohnehin stets zur Hauptverhandlung zu laden. Auch im Falle der Nebenklage steht dem Vertreter des Unternehmens gem. § 397 Abs. 1 S. 1, 2 StPO – sowie dem anwaltlichen Nebenklagevertreter gem. § 397 Abs. 1 S. 1, 2 StPO – ein Anwesenheitsrecht in der Hauptverhandlung von Gesetzes wegen zu. Und zwar auch dann, wenn der Nebenkläger als Zeuge in Betracht kommt.

V. Verhalten des Prozessbeobachters in der Hauptverhandlung

Vor dem Hintergrund der dargestellten Fallgruppen und deren rechtlicher Einordnung stellt sich die Frage, wie man sich als Beobachter in einer Hauptverhandlung strategisch und argumentativ sinnvoll aufstellt. Gerade bei längeren Hauptverhandlungen wird sich – insbesondere nachdem das möglicherweise bestehende mediale Interesse nach den ersten Verhandlungstagen abgeflaut ist – die kontinuierliche Teilnahme eines Prozessbeobachters meist nicht verheimlichen lassen. Eine Möglichkeit unangenehmer Fragen des Gerichts von vornherein aus dem Weg zu gehen ist daher, die Prozessbeobachtung vor Beginn der Hauptverhandlung gegenüber dem Vorsitzenden offen anzukündigen und, sofern die Beobachtung für einen gesondert Verfolgten erfolgt, bereits zu diesem Zeitpunkt eine möglicherweise eingeforderte Erklärung nach § 55 Abs. 1 StPO für den Mandanten abzugeben. Dies kann auch für den Mandanten den Vorteil haben, dass das Gericht auf dessen Ladung als Zeugen verzichtet, wenn es von vornherein weiß, dass sich dieser auf sein (vollumfänglich bestehendes) Auskunftsverweigerungsrecht berufen wird.

Andererseits gibt es auch gute Gründe, die gegen ein solches Vorgehen sprechen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der eigene Mandant eine Offenlegung nicht wünscht oder sich diese aus verfahrenstaktischen Gründen gar verbietet, da man z.B. den Eindruck vermeiden will, man gebe dem Verfahren und den damit im Zusammenhang stehenden Vorwürfen gegen den eigenen Mandanten eine größere Bedeutung, als ihnen tatsächlich zukommt.

In diesen Fällen muss jedoch damit gerechnet werden, dass der Vorsitzende – möglicherweise aufgrund eines Hinweises aus den Reihen der Verteidigung oder der Staatsanwaltschaft – die (meist wenigen) Zuhörer im Saal nach ihrer Identität sowie dem Grund ihrer kontinuierlichen Teilnahme befragt. Es stellt sich dann die Frage, wie mit einer solchen Frage – und mit möglicherweise durch den Vorsitzenden angedrohten Konsequenzen – umzugehen ist.

Ob eine Auskunftspflicht eines Zuhörers hinsichtlich seiner Identität und der Beweggründe der Teilnahme an der Hauptverhandlung gegenüber dem Gericht besteht, ergibt sich aus dem Wortlaut § 176 GVG, der Regelungen über sitzungspolizeiliche Maßnahmen des Vorsitzenden enthält, nicht. Allerdings sehen §§ 177, 178 GVG bestimmte sitzungspolizeiliche

⁴³ Vgl. *Schmitt*, a.a.O., § 176 GVG Rn . 9

⁴⁴ Vgl. hierzu insb. Punkt C.

⁴⁵ BGH NSTZ 1982, 389; *Schmitt*, a.a.O., § 176 GVG Rn . 9

Zwangmaßnahmen als ultima ratio zur Durchsetzung der Aufrechterhaltung der Ordnung in der Sitzung vor. Insofern kann argumentiert werden, dass sämtliche „unterhalb dieser Schwelle“ liegenden Maßnahmen, wie z.B. verbale Anordnungen, Nachfragen, Bitten, Hinweise etc. – und damit auch die Frage nach der Identität eines Zuhörers – von § 176 GVG erfasst sind.⁴⁶

Ungeachtet dessen, dass hierin zwar die Rechtfertigung einer beabsichtigten Identitätsfeststellung des Gerichts zum Zwecke des Schutzes der Wahrheitsfindung in der Hauptverhandlung gesehen werden kann, dürfte sich die zwangsweise Durchsetzung des gerichtlichen Auskunftsbegehrens in der Praxis bei Verweigerung der Auskunft durch den Zuhörer schwer gestalten. Denn die zwangsweise Durchsetzung des Auskunftsbegehrens hätte sich auch an den Vorschriften über die sitzungspolizeilichen Zwangsmaßnahmen (§§ 177, 178 GVG) zu orientieren. Danach kann ein Ordnungsgeld gem. § 178 GVG nur in den Fällen ungebührlichen Verhaltens verhängt werden, womit – da dies bei der Weigerung der Preisgabe der Identität (insb. mit Blick auf § 43a Abs. 2 BRAO, § 203 StGB) in der Regel nicht vorliegen wird – als einzige denkbare Option bei der Verweigerung einer Auskunft gegenüber dem Gericht die Anordnung zur Entfernung aus dem Sitzungssaal gem. § 177 GVG bleibt.

In vielen Fällen wird dem anwaltlichen Prozessbeobachter daher keine andere Möglichkeit bleiben, als es „darauf ankommen“ zu lassen, ob der Vorsitzende bei Weigerung der Preisgabe der Identität tatsächlich eine entsprechende Anordnung zur Entfernung aus dem Sitzungssaal erlässt. Dies gilt für einen Rechtsanwalt – und auch dessen anwaltliche Hilfspersonen, z.B. einen Rechtsreferendar oder wissenschaftlichen Mitarbeiter – insbesondere mit Blick auf die umfassende, strafbewährte Verschwiegenheitspflicht gem. § 43a Abs. 2 BRAO, § 203 StGB, die unabhängig davon gilt, ob der Rechtsanwalt als Verteidiger eines anderweitig Verfolgten, als Zeugenbeistand oder als Unternehmensvertreter die Hauptverhandlung verfolgt. Ohne die ausdrückliche Zustimmung des Mandanten ist dem anwaltlichen Prozessbeobachter – ungeachtet strategischer Überlegungen – die Preisgabe seiner Identität und die seines Mandanten bereits aus rechtlichen Gründen verwehrt. Dieser Umstand sollte dem Gericht auch deutlich kommuniziert werden.

Daneben kann dem Gericht – ungeachtet der Frage, ob man nun Auskunft darüber gibt für wen man die Hauptverhandlung verfolgt – die dargestellte Rechtslage dargelegt und diesem aufgezeigt werden, dass „selbst für den Fall, dass...“ rechtliche Bedenken einer Teilnahme an der Hauptverhandlung als Zuhörer nicht im Wege stehen. Erlässt der Vorsitzende gleichwohl eine entsprechende Anordnung gem. § 177 GVG, läuft er – insbesondere unter Zugrundelegung der dargestellten rechtlichen Rahmenbedingungen der Prozessbeobachtung – in Gefahr einen absoluten Revisionsgrund i.S.d. § 338 Nr. 6 StPO zu schaffen, soweit die Anordnung durch einen Angeklagten gerügt wird. Diese Rüge ist selbst dann möglich, wenn der Angeklagte den Ausschluss des Zuhörers von der Hauptverhandlung selbst gefordert hatte.⁴⁷ In vielen Fällen wird sich das Gericht daher wohlmöglich dazu entscheiden, den Zuhörer – trotz seiner Weigerung eine entsprechende Auskunft zu erteilen – im Saal zu belassen. Diese Chance besteht jedoch nur dann, wenn nicht bereits einer meist einer förmlichen Anordnung vorausgehenden nachdrücklich geäußerten „Bitte“ des Vorsitzenden, die zumeist wohl als auch als Aufforderung verstanden werden kann, „freiwillig“ Folge geleistet wird. In diesen Fällen ist eine unzulässige Beschränkung der Öffentlichkeit i.S.d. § 169 S. 1 GVG – mangels rügefähiger Anordnung des Vorsitzenden – nicht gegeben.

Ob es im Einzelfall den Interessen des Mandanten dienlich ist, eine solche Auseinandersetzung „offen im Gerichtssaal“ zu führen, muss gründlich abgewogen und zuvor mit dem Mandanten erörtert werden. Hierbei wird es auch auf die „Art“ der Prozessbeobachtung und das damit verfolgte Ziel ankommen. Kann eine solche Auseinandersetzung einem Zeugen und dessen Glaubwürdigkeit wohlmöglich schaden⁴⁸, wird es sich im Falle der Vertretung eines gesondert Verfolgten, dessen Anklage möglicherweise noch gesondert verhandelt wird, in der Regel bezahlt machen diese Auseinandersetzung zu führen, um die „Waffengleichheit“ mit der Staatsanwaltschaft wieder herzustellen.

In jedem Fall sollte darauf verzichtet werden, das Verfahren durch nicht von der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht der § 43 a Abs. 2 BRAO, § 203 StGB umfasste Personen (z.B. von Unternehmensseite oder durch einen vom gesondert Verfolgten selbst beauftragten

⁴⁶ Milger, Sitzungsgewalt und Ordnungsmittel in der strafrechtlichen Hauptverhandlung, NSTz 2006, 121

⁴⁷ Schmitt, a.a.O., § 338 StPO Rn. 46

⁴⁸ Wessing/Ahlbrecht, a.a.O., Rn. 39

Dritten) beobachten zu lassen, soweit die Beobachtung aus strategischen Gründen nicht preisgegeben werden soll.⁴⁹ In diesen Fällen besteht die Gefahr, dass der Zuhörer – auf begründeten Antrag der Staatsanwaltschaft oder der Verteidigung – als Zeuge geladen und zu den Hintergründen seiner Teilnahme an der Hauptverhandlung befragt wird. Ein nicht-anwaltlicher Beobachter kann sich dann nicht auf das Zeugnisverweigerungsrecht aus § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO berufen und die Aussage verweigern, sondern muss dem Gericht umfassend und wahrheitsgemäß Auskunft erteilen.

VI. Fazit

Im Ergebnis ist dem anwaltlichen Prozessbeobachter grundsätzlich ein Anwesenheitsrecht in der Hauptverhandlung gegen einen Dritten zuzugestehen – und zwar ungeachtet dessen, ob er als Verteidiger eines gesondert Verfolgten, Zeugenbeistand oder als anwaltlicher Unternehmensvertreter der Verhandlung folgt. Jedenfalls so lange, wie keine begründeten Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Prozessbeobachter die Wahrheitsfindung im Rahmen der Hauptverhandlung ernstlich gefährdet wird, besteht weder für das Anfertigen von Mitschriften noch für den Ausschluss ein Anlass.

⁴⁹ Vgl. dazu auch *Minoggio*, a.a.O., § 6 Rn. 589

Entscheidungskommentare

Eigentums- und Vermögensstrafrecht

Rechtsanwalt Dr. Matthias Brockhaus, Düsseldorf/Essen; Rechtsanwalt Dr. Sebastian Maiß, Düsseldorf

Strafrechtliche Untreuerisiken wegen der Nicht-Geltendmachung zivilrechtlicher (Schadens-) Ersatzansprüche bei Bestehen einer „Schmiergeldabrede“

Zugleich Anmerkung zu BGH, Urteil vom 18.01.2018 – I ZR 150/15

I. Problemstellung

Der 1. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat in einer jüngst veröffentlichten Entscheidung vom 18.01.2018 die Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast für Unternehmen, die aufgrund einer Schmiergeldabrede unwissend geschädigt worden sind, erleichtert. Die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen dürfte demnach in gleich oder ähnlich gelagerten Fällen, die im Hinblick auf die §§ 266, 299 StGB eine strafrechtliche Qualität aufweisen, künftig einfacher werden. Die während oder im Nachgang anhängiger Ermittlungsverfahren in der Praxis häufig anzutreffende Argumentation, die Durchsetzbarkeit zivilrechtlicher Ansprüche beanspruche erhebliche Ressourcen im Unternehmen und sei (zu) zeit- und kostenintensiv, dürfte demnach in den meisten Korruptionsfällen einer kritischen Prüfung nicht (mehr) Stand halten. Unternehmensverantwortliche werden diese Entscheidung des Bundesgerichtshofs im Rahmen ihres unternehmerischen (Prognose-) Ermessens (§ 43 GmbH; §§ 76, 93 AktG) berücksichtigen müssen, um zugleich strafrechtlich relevante Untreuerisiken nach § 266 Abs. 1 StGB zu vermeiden. Im Zweifel wird dies dazu führen, dass unter Beachtung des zivilrechtlichen Verjährungseintritts spätestens mit Beendigung des Ermittlungsverfahrens oder den Ergebnissen einer internen Untersuchung zivilrechtliche (Schadens-) Ersatzansprüche geprüft und geltend gemacht werden müssen. Wird das unternehmerische Ermessen insoweit nicht sachgerecht ausgeübt, ist im Lichte der HSH-Nordbank-Entscheidung des 5. Strafsenates des Bundesgerichtshofs vom 12.10.2016 zugleich und zwangsläufig der Untreuestrafatbestand tangiert. Dies ist eine äußerst problematische Entwicklung.