

# Schadensersatzpflicht des Verteidigers bei fehlerhafter Revisionsbegründung

von Rechtsanwalt Dr. Stephan Barton, Universität Hamburg

I. Das Urteil des *LG Berlin* (in diesem Heft, S. 310) wirft ein Schlaglicht auf ein Problemfeld, das sowohl von der breiten Öffentlichkeit wie auch vom Berufsstand der Strafverteidiger kaum zur Kenntnis genommen wird: Die (möglicherweise) unzureichende Dienstleistung durch Verteidiger. Als eine der ganz wenigen zur zivilrechtlichen Haftpflicht von Strafverteidigern ergangenen Gerichtsentscheidungen<sup>1</sup> steht es vor komplizierten strukturellen und inhaltlichen Problemen. Denn zum einen haben die Richter sowohl zivilrechtliche mit strafrechtlichen Rechtsmaterien als auch retrospektive (Was hat der Ver-

teidiger gemacht – Was hätte er tun müssen?) mit prospektiven (Wird der Kläger in einem eventuellen Haftpflichtprozeß aus der Sicht des Regreßgerichts Erfolg haben) Ebenen zu verknüpfen; zum anderen können sie nicht auf einen Fundus an einschlägiger Judikatur, gesicherte Rechtsdogmatik oder wissenschaftliche Vorarbeiten zurückgreifen.

Das *LG Berlin* mußte insofern auch ein Bild davon entwerfen, was zureichende Strafverteidigertätigkeit inhaltlich ausmacht, was als Sorgfaltspflichtverstoß und was als ein besonders gravierender Verteidigerfehler anzusehen ist. Das alles sind Fragen, die zu beantworten nicht nur erfahrenen Strafverteidigern und ihren berufsständischen Interessenvertretern einiges Kopf-

<sup>1</sup> Bekannt sind hier *BGH NJW* 1964, 2402; *OLG Düsseldorf StV* 1986, 211.

zerbrechen bereiten würde. Wenn sie aber durch in der Ziviljustiz tätige Richter entschieden werden, sollte das genug Anlaß geben, sich die Entscheidung näher zu betrachten.

2. Nach den Urteilsfeststellungen beauftragte der wegen Raubes verurteilte Angeklagte seinen schon in der Tatsacheninstanz für ihn tätig gewesenen Rechtsanwalt mit der Einlegung und Begründung einer Revision. Diese Revision wurde als »offensichtlich unbegründet« verworfen. Der ehemalige Angeklagte und jetzige Kläger fordert von seiner Rechtsschutzversicherung Deckungszusage für einen von ihm gegen seinen Verteidiger vorgesehenen Haftpflichtprozeß, weil er davon ausgeht, daß der Verteidiger in der Revisionsinstanz einen erheblichen Revisionsgrund übersehen hat, nämlich – gestützt auf BGH NStZ 1986, 133 – die Rüge, daß eine Zeugin entlassen worden war, bevor der aus der Sitzung entfernte Angeklagte wieder in den Verhandlungssaal gelassen wurde. Das LG Berlin verwirft diese Klage mit der Begründung, daß diese nicht schlüssig vorgetragen worden sei – insofern als der Kläger keine Ausführungen dazu unterbreitet hat, inwieweit ihm durch die Verurteilung tatsächlich ein Schaden entstanden ist – und zudem kein Rechtsschutz bei einem zwar schlüssigen, aber unwahren Vorbringen zu gewähren sei. An dieser Prognose würde sich nur dann etwas ändern, wenn eine Beweislastumkehr anzunehmen wäre, die das LG Berlin aber vorliegend ablehnt. Hierbei stellt das LG Berlin inhaltlich darauf ab, daß die Verurteilung letztlich materiell betrachtet zu Recht erfolgte.

Verschiedene gesetzssystematisch vorrangige Fragen läßt das LG Berlin dabei zum Teil ausdrücklich offen, zum Teil behandelt es diese ausgesprochen cursorisch. Diese Punkte können auch hier nicht wissenschaftlich umfassend aufgearbeitet werden, dürfen aber angesichts des Grundlagencharakters der vorliegenden Entscheidung auch nicht vollständig beiseite gestellt werden, um den Eindruck zu vermeiden, die verschiedenen Probleme einer Haftpflicht für unzureichende Strafverteidigertätigkeit seien für die Praxisbelange überzeugend bewältigt:

– Das beginnt schon mit der Frage, ob eine Rechtsschutzversicherung überhaupt zur Deckungszusage verpflichtet ist (so der Klageabweisungsantrag der Beklagten), weil im Ausgangsprozeß eine vorsätzliche und rechtswidrige Herbeiführung des Versicherungsfalles im Raum stehe.

– Zweifel – wenn auch geringe – lassen sich daran anbringen, ob es sich bei der unterlassenen Revisionsrüge, daß die Entscheidung über die Entlassung der Zeugin in Abwesenheit des Angeklagten erfolgte, wirklich um eine Sorgfaltspflichtverletzung des Revisionsverteidigers handelt, die auch zu einer Urteilsaufhebung geführt hätte<sup>2</sup>.

– Probleme wirft auch die Frage auf, was substantiell wie auch der Höhe nach den Schaden des Klägers ausmacht: Die Übertragung des öffentlich-rechtlich begründeten Anspruchs auf Haftentschädigung nach § 7 III StrEG auf das private Haftungsrecht erscheint durchaus noch weiter begründungsbedürftig; offen ist auch, ob der Strafverteidiger seinen gesamten Honoraranspruch verlieren müßte<sup>3</sup>.

– Schließlich stellt sich die grundlegende Frage, ob angesichts der im Strafprozeß geltenden gerichtlichen Aufklärungspflicht Fehler oder Unterlassungen des Verteidigers überhaupt kausal für Entscheidungen des Gerichts sein können<sup>4</sup>.

Alles dies hätte, wenn das LG Berlin den Anspruch des Klägers nicht schon aufgrund der fehlenden Schlüssigkeit der Klage abgewiesen hätte, durchaus nicht unerhebliche Probleme aufgeworfen.

Auch ohne eine solche Vertiefung ist aber festzuhalten, daß zum einen der grundsätzliche Ansatz des LG Berlin – nämlich die Möglichkeit haftungsrechtlicher Konsequenzen durch unzureichende Verteidigertätigkeit – nicht zu bezweifeln ist: Der Strafverteidiger geht mit seinem Mandanten als Wahlverteidiger einen Dienstvertrag ein, der eine Geschäftsbesorgung zum Inhalt hat<sup>5</sup>. Auch als bestellter Verteidiger steht der Verteidiger nicht in einem haftungsrechtlichen Niemandsland, sondern haftet – wie die hM annimmt – aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis<sup>6</sup>, wenn man nicht sogar mit Lüderssen von einem »Quasi-Vertrag« ausgeht<sup>7</sup>. Es ist zum anderen angesichts der

verschiedenen offenen Fragen, namentlich im Zusammenhang mit dem Nachweis der Kausalität einer Sorgfaltspflichtverletzung des Verteidigers für ein falsches Urteil, das auch einen Schaden begründet, schließlich mit einiger Berechtigung davon auszugehen, daß erfolgreiche Haftpflichtklagen in der Praxis überwiegend wohl nur bei einer Beweislastumkehr zu erwarten sind.

3. Die Frage einer möglichen Beweislastumkehr steht denn auch im Zentrum der Entscheidung des LG Berlin.

a) Die Kammer führt dazu aus, daß nur eine grobe Pflichtverletzung zu einer Beweislastumkehr führen könne. Als solche definiert sie ein Fehlverhalten, das »aus objektiver Sicht bei Anlegung des für einen Verteidiger im Revisionsverfahren geltenden Wissensmaßstabs nicht mehr verständlich und verantwortbar erscheint«, weil ihm ein solcher Fehler schlechterdings nicht unterlaufen dürfe. Für Sorgfaltspflichten im Rahmen des Revisionsverfahrens legt die Kammer dabei zwar einen eher hohen Maßstab fest, lehnt aber die nicht erfolgte Rüge der Abwesenheit des Angeklagten während der Entscheidung der Zeugin über die Entlassung eine Klassifizierung der vorliegenden Sorgfaltspflichtverletzung des Verteidigers als besonders gravierend ab. Denn hierbei handele es sich nur »um einen versteckten Fehler«. Zusätzlich sei zu berücksichtigen, daß diese Rechtsfrage in der Praxis selten thematisiert würde und die Entscheidung, auf die sich der Kläger stütze, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht sei.

b) Diesen Ausführungen kann nur zum Teil gefolgt werden. Daß die Kammer es dahingestellt bleiben läßt, ob ihr eigener Obersatz, auf den hin sie den Sachverhalt überprüft, überhaupt zutreffend ist – nämlich, daß bei einer groben Pflichtverletzung eine Beweislastumkehr zwingend eintritt – ist bedauerlich. Denn dies hätte unter Berufung auf die Rechtsprechung und Literatur<sup>8</sup> ausdrücklich bekräftigt werden können. Die abstrakte Definition der Kammer für eine grobe Pflichtverletzung, die sich eng an die hM anlehnt, ist dann allerdings nicht zu kritisieren.

Das gilt jedoch nicht für die konkreten Ausführungen der Kammer bezüglich dessen, was (aa) überhaupt eine grobe Pflichtverletzung strukturell ausmacht und (bb) worin eine solche speziell im Revisionsverfahren zu sehen sein könnte.

aa) Die inhaltliche Bestimmung dessen, was über eine »einfache« Sorgfaltspflichtverletzung hinaus gerade eine »grobe« ausmacht, ist im Ergebnis nicht ohne einen gewissen Dezisionismus möglich. Da es diesbezüglich für Strafverteidigertätigkeit – im Gegensatz zu anwaltlicher Tätigkeit im Zivilverfahren – aber an Judikatur fast vollständig fehlt, also nicht auf eine gesicherte Dogmatik oder Kasuistik zurückgegriffen werden kann, wären allgemeine Ausführungen dazu, was strukturell eine grobe Pflichtverletzung begründet, hilfreich gewesen. Zur Skizzierung dessen, was bezogen auf Strafverteidigertätigkeiten

<sup>2</sup> Es werden im Urteil nicht alle relevanten Tatsachen eindeutig mitgeteilt, sondern zum Teil in Form der sich widersprechenden Vorbringen von Kläger und Beklagter. So läßt sich fragen, ob der Verteidiger nicht – wie er vorträgt – doch die den Mangel enthaltenden Tatsachen in der Revisionsbegründungsschrift angeführt hat. Schließlich kann man zweifeln, ob der BGH auf eine entsprechende Rüge wirklich die zugrundeliegende Verurteilung aufgehoben hätte (vgl. nur BGHR StPO § 247 Abwesenheit 8).

<sup>3</sup> Vgl. Borgmann/Haug, Anwaltschaft, 2. Aufl. 1986, S. 190; Vollkommer, Anwaltschaftsrecht, 1989, Rdnr. 411 ff.

<sup>4</sup> Vgl. dazu die grundlegenden Ausführungen von K. Müller, Zur Haftung des Anwalts aus fehlerhafter Prozeßführung, MDR 1969, S. 797 ff., speziell S. 801 f., 967 f., der nachweist, daß auch bei Prozessen mit Amtsaufklärungspflicht Anwaltsverschulden kausal für einen Schaden des Mandanten sein kann.

<sup>5</sup> Ausführlich dazu: LR-Lüderssen vor § 137 Rdnr. 34 ff.

<sup>6</sup> Vergleichbar der Haftung des Vormundes nach § 1833 BGB, vgl. Borgmann/Haug, a. a. O., S. 55 m. w. N.

<sup>7</sup> LR-Lüderssen vor § 137 Rdnr. 67, § 141 Rdnr. I, 7 (»hoheitlich eingeleitetes Vertragsverfahren«).

<sup>8</sup> Vgl. Vollkommer a. a. O., Rdnr. 525.

als grobe Pflichtverletzung anzusehen sein könnte, schlage ich das folgende Denkmodell vor:

Aus haftungsrechtlicher Sicht lassen sich drei Standards für Strafverteidigertätigkeiten unterscheiden: Erstens die *zivilrechtlichen Regelstandards*, die immer dann gelten, wenn vertraglich zwischen Verteidiger und Mandant nichts anderes vereinbart wurde. Zweitens ist es möglich, daß zwischen Verteidiger und Mandant ein höheres Maß an Qualitätsanforderungen vertraglich vereinbart wurde, der Verteidiger sich also zu *besonders gekommter Strafverteidigertätigkeit* verpflichtet hat und dementsprechend dann auch weiter als nach den Regelstandards haften muß. Schließlich läßt sich auf ein noch unter den Regelstandards liegendes Maß abstellen, die *haftungsrechtlichen Mindeststandards*. Diese bilden die Grenze für noch wirksame vertragliche Haftungsbegrenzungen zwischen Verteidiger und Mandant. Bis zu diesem Punkt also können Haftungsbegrenzungen vereinbart werden, weitergehenden vertraglichen Vereinbarungen fehlt dagegen die Wirksamkeit. Die Grenzen für Haftungsausschlüsse oder Haftungsbegrenzungen werden dabei – wie auch in anderen Rechtsgebieten – überwiegend durch öffentlich-rechtliche Interessen markiert. Nichts anderes kann auch für den Bereich der Strafverteidigung gelten. Ob man dabei primär auf die §§ 134, 138, 275 BGB als Begrenzungsnormen der Privatautonomie abstellt, wie dies Lüderssen unternimmt, oder ob man die §§ 137 ff. StPO direkt als Einfallspforten öffentlich-rechtlicher Interessen für die Gewährleistung einer hinreichenden Qualität für Strafverteidigertätigkeiten ansieht, braucht an dieser Stelle nicht vertieft zu werden. Jedenfalls läßt sich folgern, daß auch Strafverteidiger nicht wirksam jede Anforderungen an die Qualität ihrer Tätigkeiten abdingen können. Im Rahmen dieser Rezension ist es unmöglich, die Substanz dessen, was inhaltlich die haftungsrechtlichen Mindeststandards ausmacht, auszuführen<sup>9</sup>. Aber schon durch die vorangegangenen Ausführungen sollte deutlich geworden sein, daß damit solche Verteidiger-Pflichten gemeint sind, die bloße strafprozessuale Möglichkeiten zu echten unverzichtbaren materiellrechtlichen Handlungspflichten für den Verteidiger machen. Solche sind namentlich im infrastrukturellen Bereich der Verteidigertätigkeit zu suchen, also beispielsweise in der Einsicht und Durcharbeitung der Strafakten, in einem oder mehreren Mandantengesprächen, in der Entwicklung einer Verteidigungskonzeption usw. Hierauf läßt sich nicht wirksam verzichten, soll ein möglicher Verteidigungserfolg nicht nur auf Zufall angelegt sein.

Der durch die haftungsrechtlichen Mindeststandards gewonnene Maßstab – und sei er hier nur erst einmal theoretisch skizziert – bezeichnet also eine Verteidiger-Sorgfaltswidrigkeit, die unterhalb eines Verstoßes gegen die Regelstandards liegt, diesen aber stets impliziert. Man könnte einen solchen Verstoß auch als einen besonders groben bezeichnen. Wenngleich es sich bei den haftungsrechtlichen Mindeststandards auch um einen materiellrechtlich begründeten Maßstab handelt, kann es doch zumindest als Denkmodell sinnvoll sein, diesen Maßstab auch für die Bestimmung dessen, was eine Beweislastumkehr begründende besonders gravierende Sorgfaltswidrigkeit ausmacht, heranzuziehen. Mit anderen Worten: Auch hier wäre wieder darauf abzustellen, ob das unterlassene oder fehlerhafte Verhalten des Verteidigers hätte wirksam abgedungen werden können oder ob ein diesbezüglicher Haftungsausschluß unwirksam gewesen wäre.

<sup>9</sup> Es muß an dieser Stelle auf die vorliegende eigene Veröffentlichung im Zusammenhang mit dem 13. *Strafverteidigertag* (Materialheft S. 49 ff.) sowie auf die demnächst erscheinende Schrift zu den »Mindeststandards der Strafverteidigung« verwiesen werden.

<sup>10</sup> Da das *LG Berlin* vorliegend in der unterlassenen Rüge der fehlerhaften Abwesenheit des Angeklagten keinen groben Pflichtverstoß sieht, ist davon auszugehen, daß das *LG* hier unter einem nicht versteckten Rechtsfehler nicht das meint, was durch das Sitzungsprotokoll klar auf der Hand liegt; vgl. dazu unten bbb).

bb) Unter Anlegung dieses Maßstabs erweisen sich die konkreten Ausführungen der Kammer zur groben Pflichtverletzung im Revisionsverfahren als unbefriedigend.

Auch für die Tätigkeit von Verteidigern in der Revisionsinstanz mit den dort geltenden hohen Sorgfaltsmaßstäben muß es dabei bleiben, daß nicht jede Sorgfaltspflichtverletzung automatisch eine grobe Pflichtverletzung darstellt, es müssen Abstufungen möglich sein. Eine solche hat das *LG Berlin* darin gesehen, daß ein »nicht versteckter« Revisionsgrund (Beispiel: Wahrunterstellung), den der Verteidiger nicht prüft, als grobe Pflichtverletzung, ein »versteckter« Revisionsgrund dagegen als »einfache« Pflichtverletzung anzusehen sei.

Diesem Versuch einer Gewichtung möglicher Verteidigerfehler bei der Revisionsbegründung kann weder aus gesetzessystematischen Erwägungen noch aus erfahrungswissenschaftlicher Sicht zugestimmt werden.

aaa) Nach den Ausführungen des *LG Berlin* sei das Nichtaufspüren eines »versteckten« Verfahrensfehlers weniger streng zu bewerten, als die unterlassene Prüfung, ob das Tatgericht eine zugesagte Wahrunterstellung auch eingehalten hat. Es stellt dabei offensichtlich darauf ab, ob ein die Revision begründender Fehler für den Verteidiger aufgrund vorangegangener Verteidigeraktivitäten erwartbar und nachprüfbar ist oder ob es sich um einen außerhalb der Sphäre des Verteidigers und nicht durch Prozeßhandlungen des Verteidigers induzierten Fehler des Gerichts handelt<sup>10</sup>. Wollte man den dahinter versteckten Obersatz inhaltlich ausführen, so hätte dieser zu lauten: Es wiegt weniger schwer, wenn der Verteidiger in der Revisionsinstanz im Hauptverhandlungsprotokoll versteckte – nicht auf eigene Prozeßhandlungen des Verteidigers in der Hauptverhandlung beruhende – Rechtsfehler übersieht, als wenn er solche nicht erkennt, die auf Verteidigungsaktivitäten beruhen.

Ein derartiger Obersatz ist zweifelhaft. Schon nach der Rechtssystematik der Revisionsgründe ist die Frage, ob der Verfahrensfehler auf eine Verteidiger-Prozeßhandlung zurückgeht oder unabhängig davon entstanden ist, ohne Bedeutung. Statt dessen wird zwischen relativen und absoluten (§§ 337, 338 StPO) sowie materiell- bzw. formellrechtlich begründeten (§ 344 II 1 StPO) unterschieden. Schließlich ließe sich darauf abstellen, ob ein Rechtsfehler nur einfach-gesetzlich angelegt ist oder ob auch höherrangiges Recht – speziell Verfassungsrecht, daneben aber auch die EMRK – betroffen ist und damit eine besonders gravierende Qualität einer Rechtsverletzung impliziert ist und u. U. sogar weitere Rechtsbehelfe (Verfassungsbeschwerde bzw. Menschenrechtsbeschwerde) eröffnet werden. Dabei wiegen rechtssystematisch betrachtet nicht nur die höherrangiges Recht betreffenden Rechtsfehler schwerer als die das einfache Recht berührenden, sondern auch die absoluten Revisionsgründe gegenüber den relativen, da erstere unwiderlegbar vermuten lassen, daß das Urteil auf einem derartigen Rechtsfehler beruht. Eine ausdrückliche Hierarchie zwischen formell- bzw. materiellrechtlich begründeten Rechtsfehlern enthält das Gesetz zwar nicht, jedoch zwingt § 344 II 2 StPO den Revisionsführer bei der Anbringung von Verfahrensrügen zu einem höheren Darlegungsaufwand. Er ist nämlich dann verpflichtet, die Verfahrenstatsachen, die den Mangel enthalten, vollständig mitzuteilen. Es ließe sich insofern sagen, daß das Übersehen eines formellrechtlich begründeten Revisionsgrundes schwerer wiegt, als eines materiellrechtlichen, da das Revisionsgericht diesen bei einer entsprechenden Rüge der Verletzung materiellen Rechts von Amts wegen prüfen muß. Eine Hierarchie zwischen auf Verteidigungsaktivitäten beruhenden bzw. »versteckten« Revisionsgründen kennt das Recht damit im Gegensatz zu den genannten Differenzierungsmöglichkeiten also nicht.

Auch *rein praktisch* kann man nicht sagen, daß die auf Verteidigungsaktivitäten beruhenden Rechtsfehler von herausgehobener Bedeutung sind. Insofern sei nur auf das auf die Praxis ausgerichtete Beck'sche Formularbuch für den Strafverteidiger

verwiesen, in dem *Hamm* zwar (wie das *LG Berlin*) zwischen der Überprüfung des »glatten Protokolls«<sup>11</sup> und dem »Sitzungsprotokoll, das auch Verteidigungsaktivitäten dokumentiert«<sup>12</sup>, differenziert, aber nicht im Hinblick auf eine eventuelle Hierarchie zwischen den dahinter stehenden Rechtsfehlern, sondern aus arbeitspraktischen Gesichtspunkten bei der Revisionsbegründung.

Auch aus *rechtstatsächlicher Sicht*, speziell dem Gesichtspunkt der »Erfolgsrate« von eingelegten Revisionen, läßt sich ebenfalls keine Dominanz der auf Verteidigeraktivitäten beruhenden Rechtsfehler erkennen. Die Aufhebungspraxis des *BGH* dokumentiert vielmehr, daß die (nicht auf Verteidigeraktivitäten beruhenden) sachlich-rechtlichen Fehler mit etwa 80% gegenüber den verfahrensrechtlichen mit etwa 20% in den letzten zehn Jahren überwiegen<sup>13</sup>. Selbst innerhalb der Verfahrensrügen kann man nicht sagen, daß dort die infolge von Prozeßhandlungen des Verteidigers entstandenen Rechtsfehler von herausgehobener Bedeutung wären. Diese halten sich mit den im »glatten Protokoll« dokumentierten Rechtsfehlern allenfalls die Waage<sup>14</sup>.

*bbb)* Insgesamt sind damit die konkreten Ausführungen des *LG Berlin* zur Bestimmung dessen, was eine besonders grobe Pflichtverletzung im Revisionsverfahren ausmacht, noch nicht überzeugend. Nach der hier vorgeschlagenen auf die haftungsrechtlichen Mindeststandards abstellenden Betrachtungsweise wäre dagegen danach zu fragen, was ein Strafverteidiger im Rahmen eines auf eine Revisionsprüfung und Begründung abzielenden Geschäftsbesorgungsvertrages nicht wirksam abbedingen darf. Hierbei wären dann natürlich auch die eben dargestellten normhierarchischen und rechtstatsächlichen Erwägungen einzubeziehen.

Angesichts der fehlenden Kasuistik und des festzustellenden wissenschaftlichen Problematisierungsdefizits läßt sich zur Zeit nicht absolut sicher festlegen, was definitiv als besonders grober Pflichtverstoß anzusehen ist. Insofern verstehen sich die folgenden Überlegungen als Diskussionsanregungen, nicht als abschließende Feststellungen. Als allemal erforderlich – und unterbliebe dies, damit als grober Pflichtverstoß – sollte es jedoch anzusehen sein, daß der Verteidiger überhaupt eine Prüfung der Sach- und Rechtslage vornimmt, dementsprechend den Mandanten berät und das Ergebnis der Prüfung in eine Revisionsbegründungsschrift umsetzt. Dazu ist es, sofern eine umfassende Prüfung der Rechtslage vereinbart wurde<sup>15</sup>, erforderlich, daß der Verteidiger auch vollständige Akteneinsicht genommen hat.

Was die *Vollständigkeit* des Aufspürens von Revisionsgründen betrifft, so kann man sicher nicht sagen, daß jeder nicht aufgespürte Revisionsgrund und jede Unzulänglichkeit in der Revisionsbegründung zwangsläufig eine Beweislastumkehr begründen müßten. Als besonders gravierend kann es jedoch angesehen werden, wenn der Verteidiger erfolgsträchtige (formellrechtliche) Revisionsgründe, die relativ einfach auszumachen sind, weil sie auf der Hand liegen und keine über die Prüfung des glatten Protokolls hinausgehend weiteren Recherchen nötig machen, übersieht. Dies ist z. B. bei den wesentlichen Förmlichkeiten darstellenden Prozeßhandlungen der Fall, bei denen der Beweis eines Rechtsfehlers durch das Protokoll zu führen ist. Wenn ein solcher Rechtsfehler durch die Sitzungsniederschrift protokolliert ist und keine weiteren Recherchen, Protokollberichtigungsanträge o. ä. zum Beweis erforderlich sind, wäre eine unterbliebene Rüge unverständlich. Als besonders gravierend ließe sich auch ein Übersehen von Rechtsfehlern ansehen, bei denen die Beruhensfrage keine oder erfahrungsgemäß nur geringe Probleme aufwirft, wie dies bei den absoluten und »quasi-absoluten« (z. B. die Gewährung des letzten Wortes, Fehler im Zusammenhang mit Vereidigungsvorschriften usw.) der Fall ist<sup>16</sup>.

Ob man nun schon im jeden Übersehen eines auf der Hand liegenden Verfahrensfehlers (z. B. bei den weniger bekannten

und erfolgsträchtigen Revisionsgründen) oder eines absoluten Revisionsgrundes (dies muß insbesondere bei den unter Umständen erhebliche Vorprüfungen in Anspruch nehmenden Rügen, wie z. B. die der fehlerhaften Gerichtsbesetzung) immer eine Beweislastumkehr annehmen will, soll hier offen bleiben. Jedenfalls sollte spätestens, wenn ein Rechtsfehler übersehen wurde, der sowohl einen absoluten Revisionsgrund gebildet hätte, wie auch durch das Protokoll bewiesen war, von einem besonders gravierenden Sorgfaltspflichtverstoß ausgegangen werden. Dies wäre z. B. bei einer durch das Protokoll bewiesenen längeren Unterbrechung der Sitzung, als dies gesetzlich zugelassen ist, einem durch die Sitzungsniederschrift dokumentierten fehlerhaften Ausschluß der Öffentlichkeit, aber auch – wie vorliegend – bei einer fehlerhaften Abwesenheit einer Person, deren Anwesenheit das Gesetz vorschreibt, der Fall.

Was schließlich die *Güte* und *Sorgfalt* der Formulierung der Revisionsbegründungsschrift betrifft, so wäre es sicherlich ein falscher Maßstab, hier Einschätzungen der Revisionsgerichte oder des Generalbundesanwaltes, wonach eine Revision als »offensichtlich unbegründet« oder die Revisionsbegründung als »unzulässig« anzusehen sei, zum alleinigen oder auch nur maßgeblichen Ausgangspunkt der Beurteilung zu machen. Denn die Beschlußverwerfung durch die Revisionsgerichte ist in der Praxis oft genug nicht Ausdruck einer mangelhaften Begründung durch die Verteidigung, sondern dokumentiert, daß das Revisionsgericht eine Revision ablehnen möchte, dies aber nicht in Worte zu fassen vermag. Ähnliches gilt teilweise auch für Beschlußverwerfungsanträge der Bundesanwaltschaft, die Revisionen als unzulässig wegen Verstoßes gegen § 344 II 2 StPO rügen, der Fehler aber in einer unzureichenden Würdigung der Revisionsbegründungsschrift durch die Bundesanwaltschaft liegt. Eine Beschlußverwerfung kann insofern allenfalls ein schwaches Indiz für eine grobe Pflichtverletzung durch die Verteidigung sein. Etwas anderes gilt dagegen für Revisionseinlegungen mit denen Verteidiger gleichzeitig schon schreiben, daß die »Verletzung formellen und materiellen Rechts« gerügt werde. Letzteres ist in der Praxis immer wieder anzutreffen. Diese Verfahrensweise erweist sich nicht nur als eine überflüssige Formel, insofern als damit die Verfahrensrügen natürlich nicht formgemäß erhoben werden, das wirklich Schlimme an dieser Formulierung ist, daß damit eine, wenn auch nichtssagende, Revisionsbegründung erfolgte und bei einem Verstreichenlassen der Revisionsbegründungsfrist deshalb ein Antrag auf Wiedereinsetzung durch einen anderen und besser geeigneten Revisionsverteidiger scheitern muß. Eine derartige Formulierung kann dem Angeklagten damit in keinem Fall etwas nützen und erweist sich in jeder Hinsicht als nicht verständlicher grober Sorgfaltspflichtverstoß.

4. Sind Zivilisten die besseren Strafruristen und sollen sich Verteidiger nicht dagegen wehren, daß ihre Arbeit durch unzufriedene Mandanten noch schwerer gemacht wird, als sie ohnehin schon ist? Diese Fragen muß man sich unwillkürlich stellen,

<sup>11</sup> *Hamm/Lohberger* 1988, S. 327 ff.

<sup>12</sup> A. a. O., S. 329 f.

<sup>13</sup> *Rieß*, Einige statistische Bemerkungen und Hinweise zur Revisionstätigkeit des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, in: AG Strafrecht des DAV (Hrsg.), Die revisionsgerichtliche Rechtsprechung der Strafsenate des Bundesgerichtshofes 1986, S. 46, 63, Tendenz sogar leicht steigend.

<sup>14</sup> *Rieß* a. a. O., S. 66, 68 (Tabellen 34 und 36). Zwar stellen diese Tabellen nicht auf die Frage der Verteidigeraktivität ab. Es ist auch nicht immer eindeutig, ob ein entsprechender Rechtsverstoß nicht auch auf einer Verteidigeraktivität beruht. Hier wurden die Verstöße gegen §§ 244–246 StPO sowie (im wesentlichen wegen der Präklusionsvorschriften) die des § 338 Nrn. 1, 3, 4, 8 StPO also eindeutig auf Verteidigeraktivitäten beruhend gewertet (daraus ergab sich bei den absoluten Revisionsgründen 42,8%; bei den relativen Revisionsgründen 35,9%).

<sup>15</sup> Und nicht nur eine Prüfung des sachlichen Rechts vertraglich vereinbart wurde.

<sup>16</sup> Zu überlegen wäre auch, ob ein Übersehen von Verfassungsrecht verletzenden Revisionsgründen ebenfalls als besonders grober Pflichtverstoß anzusehen ist.

wenn man sieht, daß in einem Haftpflichtprozeß über unzureichende Strafverteidigung judiziert werden kann und damit die Ziviljustiz in gewisser Weise das letzte Wort über das Strafverfahren und die Strafverteidigung spricht. Diese Perspektive führt jedoch in die Irre. Es darf doch nicht allein darum gehen, ob Ziviljuristen die »Lufthoheit« in der Strafjustiz mittels des Haftungsrechts erhalten und Anwälten ihre Arbeit schwerer gemacht wird, sondern auch darum, daß in der Praxis eine Vielzahl ungenügender Strafverteidigungen vorkommen, und daß es unter Rechtsanwälten Schaumschläger und Scharlatane gibt, die ihr Feld vornehmlich im Bereich der Strafverteidigung

betreiben, da hier bislang praktisch kaum ein Haftungsrisiko droht.

Insofern ist die Entscheidung des *LG Berlin* in der Tendenz zu begrüßen, weil sie allzu sorglosen Verteidigern die möglichen Risiken ihrer Tätigkeit aufzuzeigen geeignet ist. Die tragenden inhaltlichen Erwägungen können dagegen nicht überzeugen. Wollen die Strafverteidiger und ihre berufsständischen Interessenvertreter verhindern, daß zukünftig verfehlte Kontrollmaßstäbe an ihre Tätigkeit angelegt werden, so wären sie gut beraten, wenn sie das Thema unzureichender Strafverteidigung selbst in die Hand nehmen würden. Dies könnte dadurch geschehen, daß gewisse Mindeststandards der Strafverteidigertätigkeit standesrechtlich normiert werden oder die Anwaltschaft sich engagierter, als das bisher geschah, für die Schaffung einer Fachanwaltschaft für Strafrecht ausspricht, deren individuelle Vergabe allerdings an den Nachweis tatsächlich vorhandener strafrechtlicher Sonderkenntnisse und Berufsfertigkeiten anzuknüpfen hätte<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> Dazu *Barton*, Fachanwalt für Strafrecht, *AnwBl* 1989, 472 ff; abzulehnen dagegen *Rückel*, Fachanwalt für Strafrecht, *BRAK-Mitt.* 1990, 64, 67 f., weil sein Prüfungskatalog in der Tendenz auf weniger Kenntnisse abstellt, als sie jetzt schon für die juristischen Staatsexamen gefordert werden und im übrigen allzu unreflektiert auf Fortbildungsveranstaltungen als Befähigungsnachweis abgestellt wird.