

# StrafFo

## Strafverteidiger Forum

**Heft 6 Juni 2019**

G 26104

[www.ag-strafrecht.de](http://www.ag-strafrecht.de)

### **Aufsätze**

*Basar*, Mandat und Datenschutz

*Traut/Nickolaus*, Der anwaltliche Zeugenbeistand im Strafprozess – Gebotene Kostenübernahme durch den Arbeitgeber

*Busmann*, Pflichtverteidigung ohne Vertrauen

### **Entscheidungen**

BGH: Ablehnung eines Beweisantrags wegen Bedeutungslosigkeit

BGH: Keine Erweiterung einer Revision auf weitere Verfahrensbeteiligte nach Ablauf der Einlegungsfrist

OLG Karlsruhe: Zuständigkeit der Bundesrepublik Deutschland für vollzugsöffnende Maßnahmen bei Vollstreckung einer vom internationalen Tribunal verhängten Freiheitsstrafe *m. Anm. Krüger*

BGH: Zu den Voraussetzungen und Folgen eines wirksamen Verzichts im Zusammenhang mit der Einziehung des Wertes von Taterträgen *m. Anm. Gerlach/Manzke*

LG Frankfurt (Oder): Bewährungswiderruf aufgrund einer Verurteilung in einem anderen EU-Mitgliedstaat

OLG Celle: Höhe des Vergütungsanspruchs bei Pflichtverteidigerwechsel

### **Herausgeber**

RA Prof. Dr. Heiko Ahlbrecht

RA Dr. Stephan Beukelmann

RAin Dr. Julia Exner-Kuhn

RAin Dr. Ines Kilian

RA Dr. Dirk Lammer

RA Prof. Dr. Werner Leitner

RAin Sonka Mehner-Heurs

RA Jes Meyer-Lohkamp

RA Dr. Panos Pananis

RA Christof Püschel

RA Dr. Christian Rode

und die

Arbeitsgemeinschaft

Strafrecht des DAV

### **Redaktion**

RA Dr. Stephan Beukelmann

RA Prof. Dr. Olaf Hohmann

RAin Dr. Ines Kilian

RA Dr. Dirk Lammer

RA Michael Rosenthal

### **Schriftleitung**

RA Dr. Stephan Beukelmann

RA Prof. Dr. Olaf Hohmann



DeutscherAnwaltVerlag

# Der anwaltliche Zeugenbeistand im Strafprozess – Gebotene Kostenübernahme durch den Arbeitgeber

Rechtsanwälte Marcus Traut und Dr. Christoph Nickolaus Mag. iur.<sup>1</sup>

## I. Einleitung

In der Praxis kommt es häufig vor, dass Arbeitnehmer<sup>2</sup> als Zeugen in einem Strafverfahren vernommen werden sollen. Hierbei polarisiert die Thematik der Vergütung des anwaltlichen Zeugenbestandes durch den Arbeitgeber nicht selten. Insbesondere bei umfangreichen und komplexen wirtschafts- strafrechtlichen Zusammenhängen drängt sich die Kostenübernahme durch den Arbeitgeber auf. Eine normierte rechtliche Grundlage besteht hierfür nicht. Daher wird nachfolgend untersucht, ob es in Widerspruch zu strafrechtlichen Vorschriften steht oder aus strafrechtlicher Sicht zulässig ist, wenn ein Arbeitgeber für den Arbeitnehmer die Mandatierung des anwaltlichen Zeugenbeistandes vergütet.

## II. Rechtmäßigkeit der Kostenübernahme des Verteidigers

Die Diskussion um die strafrechtliche Relevanz der Kostenübernahme des Verteidigers durch den Arbeitgeber wurde durch das LG Frankfurt angestoßen. Dieses sah in einem Fall der Kostenübernahme den Straftatbestand der Untreue gemäß § 266 StGB verwirklicht.<sup>3</sup> In Literatur und Rechtsprechung hat sich inzwischen der Standpunkt durchgesetzt, dass in bestimmten Fällen die Übernahme von Verteidigerkosten durch den Arbeitgeber nicht nur geboten ist, sondern gar ein Anspruch hierauf bestehen kann.

### 1. Strafbarkeit bei Übernahme der Verteidigerkosten

Eine Strafbarkeit wegen Untreue gemäß § 266 StGB setzt die Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht voraus.<sup>4</sup> Die Annahme einer Verletzung dieser Pflicht wurde in der Übernahme von Verfahrenskosten gesehen, da die Kostenübernahme eine pflichtwidrige und sachfremde Verwendung von Mitteln darstelle.<sup>5</sup> Inzwischen hat sich die Auffassung durchgesetzt, dass eine strafrechtliche Relevanz bei Übernahme von Verteidigerhonoraren nicht gegeben ist. Die Voraussetzung hierbei ist, dass nicht entgegen der Vermögensbetreuungspflicht, also pflichtwidrig, gehandelt wird. Die Pflichtwidrigkeit ist jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn ein zivilrechtlicher Anspruch beziehungsweise eine Pflicht auf Übernahme der Verteidigerkosten besteht.<sup>6</sup> Die Problematik der Pflichtwidrigkeit wird mithilfe des Aufwendungsersatzanspruches

und der Kostenübernahme aus Fürsorgegesichtspunkten gelöst. Die Voraussetzungen hierfür werden im Folgenden dargestellt.

### 2. Aufwendungsersatzanspruch

Aus der Anspruchsgrundlage des Aufwendungsersatzes<sup>7</sup> kann für den Arbeitnehmer ein Anspruch gegen den Arbeitgeber auf Übernahme der Verteidigergebühren bestehen.

Grundsätzlich besteht ein Anspruch auf Aufwendungsersatz, sofern der Arbeitnehmer eigenes Vermögen im Interesse des Arbeitgebers eingesetzt hat und die erbrachten Aufwendungen nicht durch das Arbeitsentgelt abgegolten sind. Eine Anwendung ist nach §§ 670, 675 BGB analog allgemein anerkannt.<sup>8</sup> Dies setzt voraus, dass Aufwendungen in Bezug auf die Arbeitsausführung getätigt wurden. Die Aufwendungen müssen zudem als Folge der Arbeitgeberweisung zu werten sein oder der Arbeitnehmer durfte sie nach verständigem Ermessen für subjektiv nötig halten.<sup>9</sup>

Für die Frage nach einer sogenannten Freistellung von Verfahrenskosten wird in der Regel zwischen Vorstandsmitgliedern und anderen Mitarbeitern unterschieden. Im Allgemeinen kann eine Kostenübernahme bei nicht ausdrücklicher Vereinbarung nach §§ 670, 675 BGB für Vorstandsmitglieder ent-

<sup>1</sup> Marcus Traut ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht mit Kanzleisitz in Wiesbaden und Würzburg; Dr. Christoph Nickolaus Mag. iur. ist in der Kanzlei Traut als Rechtsanwalt tätig und freier Mitarbeiter am Lehrstuhl *Brettel* an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz.

<sup>2</sup> Soweit in dieser Arbeit die maskuline Form Verwendung findet, ist sie im Sinne des generischen Maskulinums geschlechtsneutral zu verstehen.

<sup>3</sup> BGH NJW 1991, 990, der über die Revision gegen die Entscheidung des LG Frankfurt zu entscheiden hatte. Unterschieden wurde bei diesem Streit zwischen der Bezahlung einer Geldstrafe und der Übernahme von Verfahrenskosten. In Frage stand neben der vorliegend in Betracht kommenden Untreue nach § 266 StGB die Strafbarkeit der Strafvereitelung nach § 258 Abs. 2 StGB. Siehe näher zu der etwaigen Strafbarkeit nach § 258 Abs. 2 StGB: Müller-Christmann, JuS 1992, 379 (380 ff.). Zu der Frage einer Strafbarkeit bei Übernahme der Geldstrafe siehe insbesondere: Müller-Christmann, JuS 1992, 379 (380 ff.); Stoffers, JR 2010, 239 (239 ff.); Fleischer, WM 2005, 909 (909 ff.); Poller, StraFo 2005, 274 (274 ff.).

<sup>4</sup> Poller, StraFo 2005, 274 (274 ff.); BGHSt 24, 386 (387); BGHSt 33, 244 (250); Fischer, StGB § 266 Rn 6; welche Variante von § 266 StGB verwirklicht ist (Missbrauchstatbestand gemäß § 266 Abs. 1 Var. 1 StGB oder Treubruchtatbestand gemäß § 266 Abs. 1 Var. 2 StGB), kann regelmäßig dahinstehen, da in beiden Fällen die Vermögensbetreuungspflicht das ausschlaggebende Tatbestandsmerkmal ist, hierzu: Poller, StraFo 2005, 274 (274).

<sup>5</sup> Müller-Christmann, JuS 1992, 379 (379, 380); BGH NJW 1991, 990 (990 f.).

<sup>6</sup> Hoffmann/Wißmann, StV 2001, 249 (250); vgl. Stoffers, JR 2010, 239 (247).

<sup>7</sup> § 670 BGB.

<sup>8</sup> ErfK-BGB/Preis § 611a Rn 553.

<sup>9</sup> ErfK-BGB/Preis § 611a Rn 555.

stehen. Voraussetzung ist, dass der Rechtsstreit in einem inneren Zusammenhang mit der Organtätigkeit steht und sich das Vorstandsmitglied im Innenverhältnis zur Gesellschaft pflichtgemäß verhalten hat.<sup>10</sup> Für Mitarbeiter unterhalb der Vorstandsebene kann auch ein Aufwendungsersatzanspruch nach § 670 BGB vorliegen. Die entscheidende Voraussetzung ist das Entstehen der Aufwendungen in Ausübung einer betrieblichen Tätigkeit und die Zurechnung der Tätigkeit zu dem Tätigkeitsbereich des Arbeitgebers und nicht des Arbeitnehmers.<sup>11</sup> Pflichtwidriges Verhalten schließt den Anspruch bei anderen Mitarbeitern nicht von vorneherein aus.<sup>12</sup> *Eidam/Strang* werten die Ausführungen des BAG<sup>13</sup> gar als die Eröffnung eines allgemeinen Freistellungsanspruchs von Verfahrenskosten. Dies sehen sie durch die Formulierung des BAG „in Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit unverschuldet“ für gegeben.<sup>14</sup> Voraussetzung hierfür ist die Einstellung des Ermittlungsverfahrens aufgrund des fehlenden Tatverdachts. Auch im Fall des § 153a StPO sehen sie eine mögliche Anwendung.<sup>15</sup>

Maßgeblich für die Kostenübernahme sowohl bei Vorstandsmitgliedern als auch bei sonstigen Mitarbeitern ist die Zuordnung der Tat zu der dienstlichen Tätigkeit, wobei es auf das Vorliegen eines inneren Zusammenhangs mit der übertragenen Aufgabe ankommt.<sup>16</sup> Nur ein solcher rechtfertigt nämlich, es in Betracht zu ziehen, die entstehenden Kosten grundsätzlich dem Dienstherrn zuzurechnen.<sup>17</sup> Zur Frage, wann es sich um eine Tätigkeit handelt, die dem Arbeitsbereich zuzuordnen ist, hatte sich das BAG positioniert. Es ging pauschal davon aus, dass strafrechtliche Folgen einer Tätigkeit ausschließlich dem Lebensbereich des Arbeitnehmers zuzuordnen seien, da allein er „es in der Hand habe, durch sein Verhalten entsprechende Maßnahmen der Behörden zu verhindern“.<sup>18</sup> In einer späteren Entscheidung stellte es darauf ab, dass eine rechtswidrige Tat nicht zu den „üblichen Begleiterscheinungen der Berufsausübung“ gehöre.<sup>19</sup> Diese Auffassung überzeugt nicht. Vielmehr ist davon auszugehen, dass bereits eine innere Beziehung zum Arbeitsbereich besteht, wenn sich die Vorwürfe auf ein Verhalten beziehen, das mit der Aufgabenwahrnehmung verknüpft ist und nicht ausschließlich die eigenen Belange verbessern soll.<sup>20</sup>

Die Pflichtwidrigkeit liegt daher in den Fällen nicht vor, in denen ein Anspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber auf der Grundlage des Aufwendungsersatzanspruches, beziehungsweise spiegelbildlich eine gesetzliche Pflicht des Arbeitgebers zur Kostenübernahme besteht. Eine Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht ist in diesen Fällen nicht gegeben.<sup>21</sup>

### 3. Anspruch aus Fürsorgegesichtspunkten

Neben der Kostenübernahme aufgrund des Aufwendungsersatzanspruches kommt die Übernahme aufgrund von Fürsorgepflichten in Betracht. Hierbei hält es der BGH für notwendig, dass neben Fürsorgegesichtspunkten eine Freistellung des Arbeitnehmers auch im Interesse des Unternehmens liegt.<sup>22</sup> Ferner wird auch hier der unmittelbare Zusammenhang des Verhaltens mit der für das Unternehmen ausgeübten Tätigkeit des

Arbeitnehmers für nötig befunden.<sup>23</sup> Was der BGH unter Fürsorgegesichtspunkten versteht, hat er nicht konkretisiert und ist auch in der Literatur nicht klar umrissen.<sup>24</sup> Bei einer Herleitung aus dem Zivilrecht zeigt sich, dass die Fürsorgepflicht selbst keine besondere Nebenleistungspflicht darstellt. Jedoch sind Schutzpflichten zur Wahrung von Rechtsgütern des Arbeitnehmers Bestandteil der Fürsorgepflicht. Hierunter zählen etwa Leben, Gesundheit, Persönlichkeitsrecht und das Eigentum.<sup>25</sup> So hat sich das Unternehmen unter bestimmten Voraussetzungen schützend vor den Betroffenen zu stellen, um ihm zu ermöglichen, sich gegen die Anschuldigungen effektiv zur Wehr setzen zu können.<sup>26</sup> Die Kostenübernahme als Ausfluss der Fürsorgepflicht, soweit sie nicht ausdrücklich bestimmte Leistungen vorsieht, ist in das pflichtgemäße Ermessen des

<sup>10</sup> Krause, BB-Special 8 (zu BB 2007, Heft 28), 3; *Fleischer*, WM 2005, 909 (915).

<sup>11</sup> BAG NJW 1995, 2372 (2372); *Bergwitz*, NZA 2016, 203 (204 ff.).

<sup>12</sup> Krause, BB-Special 8 (zu BB 2007, Heft 28), 3; BAG NZA 1995, 836 ff. = NJW 1995, 2372 f.

<sup>13</sup> BAG NJW 1995, 2372 ff.

<sup>14</sup> *Eidam*, Kapitel 4 Rn 174.

<sup>15</sup> *Eidam*, Kapitel 4 Rn 175.

<sup>16</sup> Krause, BB-Special 8 (zu BB 2007, Heft 28), 4; vgl. MüKo-StGB/*Dierlamm* § 266 Rn 196.

<sup>17</sup> Krause, BB-Special 8 (zu BB 2007, Heft 28), 4.

<sup>18</sup> Krause, BB-Special 8 (zu BB 2007, Heft 28), 4; BAG BB 1995, 1488.

<sup>19</sup> BAG NJW 1995, 2372 (2372); *Stoffers*, JR 2010, 239 (247).

<sup>20</sup> Krause, BB-Special 8 (zu BB 2007, Heft 28), 4. Im Zusammenhang mit dem Anspruch dem Grunde nach stellt sich automatisch die Frage nach der Höhe eines solchen. Diese wird unterschiedlich beantwortet. So beschränkt das BAG den Anspruch auf gesetzliche Gebühren: BAG NJW 1995, 2372. Dies wird überwiegend als wenig nachvollziehbar und als nicht zeitgemäß betrachtet, siehe etwa: *Eidam*, Kapitel 4 Rn 176; ebenso dagegen: *Minoggio* Rn 1167. Gegen die Auffassung des BAG spricht, dass in Wirtschaftsstrafsachen eine Verteidigung so nicht kostendeckend und schon gar nicht gewinnbringend zu führen ist. Zudem ist die Grundlage des Ersatzes § 670 BGB, welcher die „erforderlichen“ Aufwendungen ersetzt, weswegen aufgrund der Komplexität von Verfahren in Wirtschaftsstrafsachen eine Vergütungsvereinbarung „erforderlich“ im Sinne der Norm sein dürfte, so: *Wessing/Ahlbrecht* Rn 428; *Fleischer*, WM 2005, 909 (915). Grundlage der Vergütung sollten in Wirtschaftsstrafverfahren angemessene Honoraransprüche sein. Sofern die Honorare in einem solchen Verfahren entsprechend angemessen wären, sollte dies auch bei einem Aufwendungsersatzanspruch gegenüber dem Arbeitgeber gelten. Selbst ein Vorschuss der Prozesskosten kann statthaft sein: *Fleischer*, WM 2005, 909 (915). Gegen die Ansicht des BAG spricht ferner eine Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1980, in der dieser das Zehnfache des gesetzlichen Gebührensatzes nicht als in jedem Fall unangemessen betrachtete: *Eidam*, Kapitel 4 Rn 177; BGH NJW 1980, 1962 ff.

<sup>21</sup> *Stoffers*, JR 2010, 239 (247).

<sup>22</sup> *Wessing/Ahlbrecht* Rn 427; BAG NJW 1991, 990; *Minoggio* Rn 1665, der bei Beachtung der Voraussetzungen die Übernahme von Anwaltskosten im Regelfall für berechtigt erachtet.

<sup>23</sup> *Otto*, FS Tiedemann, 702.

<sup>24</sup> Der Begriff ist in Rechtsprechung und Literatur nicht klar definiert. *Palandt/Weidenkaff* § 611 Rn 96 verweist auf einzelne Normen (§§ 617–619 BGB).

<sup>25</sup> *Palandt/Weidenkaff* § 611 Rn 96 ff.; *ErfK-BGB/Preis* § 611a Rn 615; *Preis* sieht die Begrifflichkeit der Fürsorgepflicht als überflüssig an und will stattdessen den aus seiner Sicht gleichbedeutenden Begriff der „Pflicht zur Wahrung der Interessen des Arbeitnehmers“ verwenden: *ErfK-BGB/Preis* § 611a Rn 616, mit Verweis auf BAG NZA 2010, 337 Rn 14.

<sup>26</sup> Krause, BB-Special 8 (zu BB 2007, Heft 28), 8.

Dienstherren gestellt und ist im Zweifel wohlwollend auszuüben.<sup>27</sup> Dass es sich bei der Kostenübernahme nicht um originäre Aufgaben handelt, sei unschädlich, da die Fürsorgepflicht eine solche Aufgabe begründen könne.<sup>28</sup>

Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ist gar geeignet, den aus rein auftragsrechtlichen Gesichtspunkten hergeleiteten Aufwendungsersatzanspruch zu überlagern.<sup>29</sup> Aber auch die Fürsorgepflicht selbst kann einen Anspruch auf Übernahme der Verteidigerkosten für die Ermöglichung einer angemessenen Verteidigung begründen und gilt für Vorstandsmitglieder sowie für sonstige Mitarbeiter.<sup>30</sup> Selbst das pflichtwidrige Verhalten kann nicht pauschal zu einem Ausschluss der Fürsorgepflicht führen. Denn auch bei einem pflichtwidrigen Verhalten kann ein Interesse des Unternehmens gerechtfertigt sein.<sup>31</sup> Hierunter kann die Förderung einer schnellen Erledigung des Verfahrens fallen, da das externe Ansehen der Gesellschaft leiden könnte, was sich insbesondere auf Kunden, Investoren und die Öffentlichkeit negativ auswirken kann.<sup>32</sup> Auch kann durch einen Anwalt ein Verhalten gefördert werden, das einer möglichst raschen Erledigung des Verfahrens dienlich sein kann. In diesem Zusammenhang ist aus internen Gesichtspunkten zu bedenken, dass lange Ermittlungen Unruhe in das Unternehmen bringen können.<sup>33</sup>

Es zeigt sich, dass für den Arbeitgeber ein weiter Spielraum zur Beurteilung von pflichtgemäßem Verhalten gegeben ist. Dieser Spielraum ist auch sachdienlich, da unternehmerische Entscheidungen regelmäßig auch aufgrund einer zukunftsbezogenen Gesamtabwägung von Chancen und Risiken für das Unternehmen getroffen werden. Fehlentscheidungen sind häufig erst nachträglich erkennbar. Die Grenze, die der BGH hier zieht, ist ein „von Verantwortungsbewusstsein getragenes ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln“.<sup>34</sup> Die Pflichtwidrigkeit ist daher auch bei Vorliegen einer Fürsorgepflicht, welche einen Anspruch auf Kostenübernahme begründet, ausgeschlossen.<sup>35</sup>

#### 4. Zwischenergebnis

Es ist festzuhalten, dass ein Anspruch auf Kostenübernahme der Verteidigerkosten aus einem Aufwendungsersatzanspruch und aus Gesichtspunkten der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers entstehen kann. Bei Vorliegen der dargestellten Voraussetzungen ist bei der Kostenübernahme des Verteidigers durch den Arbeitgeber der objektive Tatbestand der Untreue gemäß § 266 StGB nicht erfüllt, da dann eine Pflichtverletzung nicht vorliegt. Bei der Kostenübernahme bei solchen Fällen ist daher eindeutig von einem rechtlich einwandfreien Vorgehen auszugehen.<sup>36</sup>

### III. Diskussion – Kostenübernahme des Zeugenbeistandes

Nach dem Voranstehenden ist zu prüfen, ob eine Übertragbarkeit der Voraussetzungen einer Kostenübernahme auf den anwalt-

lichen Zeugenbeistand für Strafverteidiger möglich ist. Zunächst erfolgt hierfür eine Abgrenzung zwischen Zeugenbeistand und Strafverteidiger. Ein solcher Vergleich ist insofern erforderlich, als bisher weder eine rechtliche Normierung noch eine Begründung für die Übertragbarkeit in der Literatur vorliegen. So nehmen lediglich *Wessing/Ahlbrecht* explizit und überzeugend eine Übertragbarkeit der für die Kostenübernahme von Strafverteidigern gültigen Voraussetzungen im Rahmen des Aufwendungsersatzanspruchs auf den Zeugenbeistand an. Auch bei dem Zeugenbeistand gehen sie folgerichtig von einer Pflicht und nicht einer bloßen Möglichkeit der Kostenübernahme aus.<sup>37</sup> *Hoffmann/Wißmann* halten bei Erfüllung der betrachteten Voraussetzungen nicht nur die Übernahme von Kosten für die Verteidigung, sondern für die anwaltliche Beratung allgemein für nicht tatbestandsmäßig im Sinne von § 266 StGB.<sup>38</sup> Nach der vergleichenden Gegenüberstellung von Zeugenbeistand und Strafverteidiger sind die für die Strafverteidigung vorliegenden Voraussetzungen auf eine Übertragbarkeit auf den Zeugenbeistand zu untersuchen. Dies schließt nicht nur eine Anwendung der Kriterien für einen Anspruch auf Übernahme, sondern auch die freiwillige Freistellung des Arbeitgebers mit ein.<sup>39</sup>

#### 1. Vergleich zwischen Zeugenbeistand und Strafverteidiger

Der Zeugenbeistand ist gesetzlich in § 68b StPO normiert, wobei eine Kodifizierung erst im Jahr 1998 erfolgte.<sup>40</sup> Die Anerkennung des Anspruchs auf Hinzuziehung des Zeugenbeistandes geht auf ein Urteil des BVerfG von 1974 zurück, in dem es den Anspruch aus dem Gebot des fairen Verfahrens und dem Persönlichkeitsrecht des Zeugen aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG herleitete.<sup>41</sup> Sinn und Zweck von § 68b StPO ist es, dem Zeugen zu ermöglichen, seine ihm zustehenden Abwehr-

<sup>27</sup> BGH NJW 1991, 990 (991).

<sup>28</sup> BGH NJW 1991, 990; *Poller*, StraFo 2005, 274 (282).

<sup>29</sup> *Krause*, BB-Special 8 (zu BB 2007, Heft 28), 8.

<sup>30</sup> *Krause*, BB-Special 8 (zu BB 2007, Heft 28), 12; *Bergwitz*, NZA 2016, 203 (204 ff.).

<sup>31</sup> *Krause*, BB-Special 8 (zu BB 2007, Heft 28), 10, mit Verweis auf die sog. ARAG/Garmenbeck-Entscheidung des BGH = BGHZ 135, 244.

<sup>32</sup> *Krause*, BB-Special 8 (zu BB 2007, Heft 28), 11; vgl. auch *Otto*, FS Tiedemann, 705.

<sup>33</sup> *Krause*, BB-Special 8 (zu BB 2007, Heft 28), 11.

<sup>34</sup> BGHSt 50, 331 (336); siehe auch *Otto*, FS Tiedemann, 694 f.

<sup>35</sup> BGH NJW 1991, 990; vgl. *Poller*, StraFo 2005, 274 (282).

<sup>36</sup> Siehe hierzu etwa: *Stoffers*, JR 2010, 239 (239 ff.); *Müller-Christmann*, JuS 1992, 379 (380); *Fleischer*, WM 2005, 909 (916); siehe auch BGH NJW 1991, 990, wo sogar davon ausgegangen wird, dass die Übernahme einer Geldstrafe nicht zur Strafvereitelung führt.

<sup>37</sup> *Wessing/Ahlbrecht* Rn 426.

<sup>38</sup> *Hoffmann/Wißmann*, StV 2001, 249 (250).

<sup>39</sup> Denn beim Vorliegen eines Anspruchs des Arbeitnehmers liegt spiegelbildlich die Pflicht des Arbeitgebers vor, die Kosten zu übernehmen. Aus diesem Grund hat auch eine Strafbarkeit der freiwilligen Kostenübernahme auszuschließen: vgl. *Hoffmann/Wißmann*, StV 2001, 249 (250).

<sup>40</sup> BGBl I 1998, 820.

<sup>41</sup> BVerfG NJW 1975, 103; *Klengel/Müller*, NJW 2011, 23 (23); MüKo-StPO/Maier § 68b Rn 7.

und Schutzrechte geltend zu machen.<sup>42</sup> Die allgemeine Anerkennung der Hinzuziehung eines Zeugenbeistandes erfolgte jedoch erst durch das 2. Opferrechtsreformgesetz, das 2009 in Kraft trat.<sup>43</sup> Erst hier wurde klargestellt, dass Zeugen in jeder Phase des Strafverfahrens berechtigt sind, sich durch einen Anwalt beraten zu lassen, und dem Anwalt das Recht zusteht, den Mandanten bei der Vernehmung zu begleiten.<sup>44</sup>

Im Gegensatz zum Zeugenbeistand existiert für den Strafverteidiger keine eigene Norm in der StPO, die sich ausschließlich mit diesem befasst. Vielmehr wird sich in bestimmten Paragraphen ganz selbstverständlich auf diesen bezogen. Die ständige Rechtsprechung des BVerfG sieht den Verteidiger als unabhängiges Organ der Rechtspflege<sup>45</sup> und entspricht damit dem Selbstverständnis des § 1 BRAO.<sup>46</sup> Der Verteidiger ist in dieser Funktion dem Gericht und der Staatsanwaltschaft „gleichgeordnet“ und erfüllt eine eigenständige Funktion.<sup>47</sup> Seit der Zeit des Reichsgerichts ist anerkannt, dass der Verteidiger „von jeder anderen Kontrolle als derjenigen des Gewissens unabhängig“ ist, insbesondere von Einflüssen des Mandanten.<sup>48</sup> In Konflikt hierzu kann die Aufgabe des Strafverteidigers geraten, die Interessen des Angeklagten zu vertreten.<sup>49</sup>

Die wesentlichen Aufgaben des Zeugenbeistandes sind die Wahrung der Rechte des Zeugen<sup>50</sup> in allen Verfahrensstadien sowie die Durchsetzung und Beachtung der sich hieraus ergebenden Rechtsfolgen.<sup>51</sup> Daneben soll der Beistand den Zeugen auf seine Aussage und die Vernehmungssituation vorbereiten und während der Vernehmung Sicherheit geben.<sup>52</sup> Besondere Bedeutung hat dies in Situationen, in denen sich der Zeuge im Konflikt zwischen der Aussage- und Wahrheitspflicht befindet und sich so in die Gefahr einer eigenen Verfolgung bringen könnte.<sup>53</sup> Schließlich ist auch eine Beiordnung des Zeugenbeistandes möglich. Dies ist nach § 68 Abs. 2 StPO dann der Fall, wenn „besondere Umstände“ vorliegen, aufgrund derer der Zeuge seine Befugnisse während der Vernehmung nicht wahrnehmen kann, wobei die Beiordnung als Ausnahmesituation behandelt werden soll.<sup>54</sup> In solchen Fällen kann eine Kostenübernahme durch die Staatskasse erfolgen, wobei die Vergütung sich ebenso wie bei einem Verteidiger nach dem VV RVG richtet.<sup>55</sup>

Die Kernaufgabe des Strafverteidigers ist die Vertretung und die Durchsetzung des Schutzanspruches des Beschuldigten; hierbei hat er alle entlastenden Umstände zur Geltung zu bringen und wacht dabei über die Gesetzlichkeit des Verfahrens.<sup>56</sup> Die StPO enthält nur wenige Vorschriften, die explizit auf die Rechte des Verteidigers eingehen. Insbesondere hervorzuheben sind das Akteneinsichtsrecht (§ 147 StPO), das Recht auf Anwesenheit bei der Vernehmung (§ 168c StPO), das Fragerecht (§ 240 Abs. 2 StPO) und die Einlegung von Rechtsmitteln (§ 297 StPO).<sup>57</sup> Im Übrigen ergeben sich die Rechte des Verteidigers aus seiner gesetzlichen Aufgabe – Schutz und Verteidigung des Beschuldigten. Diese finden ihre Grenze in den Vorschriften des StGB.<sup>58</sup> Dies berechtigt ihn insbesondere dazu, eigene Ermittlungen zu führen<sup>59</sup> und Zeugen, Mitbeschuldigte sowie Sachverständige vor und außer-

halb der Hauptverhandlung zu vernehmen.<sup>60</sup> Die Unterscheidung in Wahl- und Pflichtverteidiger nach den §§ 137, 138 StPO bzw. §§ 140 – 142 StPO macht die Möglichkeit einer Beiordnung unter bestimmten Umständen deutlich.

Somit zeigt sich das folgende Bild: Den Zeugenbeistand unterscheidet vom Strafverteidiger grundsätzlich die Verfahrensposition des Mandanten im Strafprozess. Der Strafverteidiger vertritt den Angeklagten, der sich der strafrechtlichen Verfolgung gegenüberstellt.<sup>61</sup> In den Normen der notwendigen Verteidigung wird über die Interessenvertretung und die Rolle als Organ der Rechtspflege deutlich, dass der Verteidiger der Konkretisierung des Rechts auf ein faires Verfahren dient. Zudem soll durch den Beistand der Verteidigung der Angeklagte handlungsfähiger werden.<sup>62</sup> Der durch den Zeugenbeistand vertretene Zeuge hat eine grundsätzlich andere Rolle im Vergleich zum Angeklagten. Seine Aufgabe ist es, in einem

<sup>42</sup> Klengel/Müller, NJW 2011, 23 (23); KK-StPO/Senge § 68b Rn 5.

<sup>43</sup> BGBl I 2009, 2280.

<sup>44</sup> MüKo-StPO/Maier § 68b Rn 7; Klengel/Müller, NJW 2011, 23 (23).

<sup>45</sup> BVerfGE 38, 105 = NJW 1975, 103 (105); Feuerich/Weyland/Brüggemann, BRAO § 1 Rn 2; erstmals Verwendung fand die Begrifflichkeit 1878 im Reichstag und vor Gericht 1883, wobei er erst seit § 1 RAO für die britische Zone im Jahre 1949 und in § 1 BRAO erst ab dem Jahre 1959 eine Kodifizierung erhielt: MAH Strafverteidigung/Salditt, § 1 Rn 5.

<sup>46</sup> „Der Rechtsanwalt ist ein unabhängiges Organ der Rechtspflege“.

<sup>47</sup> Feuerich/Weyland/Brüggemann, BRAO § 1 Rn 3, 4.

<sup>48</sup> RGSt 17, 315 (315); MAH Strafverteidigung/Salditt § 1 Rn 5; Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt, Vor 137 Rn 1.

<sup>49</sup> Vgl. BVerfG NJW 1960, 139 (139). Wird durch die Formulierung des § 3 Abs. 1 BRAO deutlich: „Der Rechtsanwalt ist der berufene unabhängige Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten“.

<sup>50</sup> Hierunter fallen insbesondere: Zeugnisverweigerungsrechte nach §§ 52 ff. StPO, Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 StPO und das Beanstandungsrecht bei Fragen, die unter § 68a StPO fallen: MüKo-StPO/Maier § 68b Rn 9.

<sup>51</sup> Klengel/Müller, NJW 2011, 23 (24).

<sup>52</sup> Klengel/Müller, NJW 2011, 23 (24).

<sup>53</sup> MüKo-StPO/Maier § 68b Rn 8.

<sup>54</sup> Klengel/Müller, NJW 2011, 23 (27).

<sup>55</sup> Siehe etwa: Satzger/Schluckebier/Widmaier/Franke § 68b Rn 23 m.w.N. oder HK-StPO/Gercke § 68b Rn 23; OLG NStZ 2006, 410. Hierbei ist umstritten, nach welcher Norm sich die Vergütung richtet. Schwerpunkt dieses Streits ist die Frage, ob die Tätigkeit des beigeordneten Zeugenbeistands nach Teil 4 Abschnitt 1 VV RVG wie bei einem Verteidiger oder nach Teil 4 Abschnitt 3 VV RVG abzurechnen ist, siehe hierzu: Klengel/Müller, NJW 2011, 23 (28); für die Abrechnung wie bei einem Verteidiger: HK-StPO/Gercke § 68b Rn 23; Satzger/Schluckebier/Widmaier/Franke StPO § 68b Rn 17. Der Forderung von Klengel/Müller, NJW 2011, 23 (28) nach einer expliziten Regelung durch den Gesetzgeber ist sich anzuschließen.

<sup>56</sup> Dahn Rn 3, 176.

<sup>57</sup> Weitere Rechte sind: freie Kommunikation zwischen Verteidiger und Beschuldigtem (§ 148 StPO), Kreuzverhör (§ 239 StPO); Widerspruch gegen Führung des Urkundenbeweises durch Verlesung (§ 249 Abs. 2 S. 2 StPO); Urkundenbeweis durch Verlesung von Protokollen (§ 251 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 3 StPO); vgl. Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt Vor § 137 Rn 2.

<sup>58</sup> Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt Vor § 137 Rn 2; vgl. BGH NJW 2002, 2115 ff. Hervorzuheben sind §§ 185, 258 und 261 StGB.

<sup>59</sup> Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt Vor § 137 Rn 2.

<sup>60</sup> Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt Vor § 137 Rn 2.

<sup>61</sup> Vgl. MüKo-StPO/Teffmer § 157 Rn 2; vgl. KK-StPO/Diemer § 252 Rn 9-10.

<sup>62</sup> MüKo-StPO/Thomas/Kämpfer § 140 Rn 2.

nicht gegen ihn selbst gerichteten Strafverfahren wahrheitsgemäß Angaben über von ihm wahrgenommene Tatsachen zu machen.<sup>63</sup> Trotz dieser grundlegenden Unterschiede wird bei beiden die Wahrnehmung der Aufgaben bzw. deren Daseinsberechtigung aus dem Gebot des fairen Verfahrens hergeleitet. Ferner sind sowohl Zeugenbeistand als auch Strafverteidiger Organe der Rechtspflege.<sup>64</sup> Auch lässt sich feststellen, dass beide den Mandanten vor einer ungerechtfertigten Verfolgung schützen sollen. Denn gerade in Strafverfahren, die ein Fehlverhalten in einer Firma zur Grundlage haben, kann der Zeuge ohne einen Zeugenbeistand schnell das Interesse der Strafverfolgungsbehörden wecken oder das Interesse, innerhalb des Unternehmens weitere Ermittlungen vorzunehmen. Durch die Einführung von § 68b StPO wurde ferner die Beiordnung des Zeugenbeistandes möglich. Hierdurch wird die Anerkennung der Wichtigkeit des Zeugenbeistandes deutlich. Der Zeugenbeistand wird in dieser Hinsicht auf die Stufe mit einem Verteidiger und beigeordneten Nebenklagevertreter gestellt. Der Vergleich lässt mithin den Schluss zu, dass es sich bei dem Verteidiger und dem Zeugenbeistand um Rollen handelt, die eine ausreichend große Schnittmenge besitzen, um eine Übertragung der für die Verteidigung entwickelten Grundlagen grundsätzlich für möglich zu halten.

## 2. Voraussetzungen zur Übertragbarkeit der Grundlagen der Kostenübernahme

Neben der Vergleichbarkeit des Verteidigers und des Zeugenbeistandes stehen die Übertragbarkeit der Voraussetzungen des Aufwendungsersatzanspruchs und der Anspruch aus Fürsorgegesichtspunkten in Frage.

Beim Aufwendungsersatzanspruch ist das maßgeblich diskutierte Kriterium für eine Kostenübernahme die Frage des inneren Zusammenhangs zum Arbeitsbereich; sowohl bei Organmitgliedern als auch bei anderen Mitarbeitern. Es stellt sich also die Frage, ob die Wahrnehmungen, über die man als Zeuge in der Verhandlung Angaben zu tätigen hat, in einem solchen Zusammenhang stehen. Bei Verfahren, in denen eine im Unternehmen des Arbeitnehmers begangene Straftat in Frage steht, ist der innere Zusammenhang evident gegeben. Maßgeblich bei dieser Einschätzung ist die Tatsache, dass man ohne die Position im Unternehmen nicht zu Erkenntnissen gelangt wäre, die einen als Zeugen qualifiziert hätten. Als Anknüpfungspunkt ist daher die Position des Arbeitnehmers zu betrachten, welche von einer etwaig in der Firma begangenen Straftat als im Betätigungsbereich des Arbeitnehmers erfahren lässt. Eine Übertragung der für den Verteidiger anerkannten Voraussetzungen zeigt, dass es konsequenterweise möglich sein muss, auch die Kostenübernahme des Zeugenbeistandes als Aufwendungsersatz geltend zu machen. Die Kernelemente der Freistellung aus Fürsorgegesichtspunkten sind die Wahrung der Rechtsgüter des Arbeitnehmers und das Interesse des Unternehmens. Als für eine Übertragung von größter Bedeutung erscheint das Rechtsgut der Persönlichkeit.

Dieses soll unter anderem bei der Kostenübernahme des Verteidigers geschützt werden. Da es bei der Schaffung des Zeugenbeistandes gerade ein erklärtes Ziel war, die Persönlichkeitsrechte des Zeugen zu wahren, ist eine Übertragbarkeit dieses Kriteriums evident gegeben. Ebenso verhält es sich bei dem Transfer der Erwägungen zu den Unternehmensinteressen, die für die Freistellung der Verteidigerkosten entwickelt wurden. Denn der Einsatz des Zeugenbeistandes ist immer im Interesse des Arbeitgebers, wenn es um die Abwendung von negativen Folgen des Verfahrens für die Firma geht. Insbesondere sind das Interesse einer schnellen Verfahrensbeendigung und Abwendung von Gefahren für das Ansehen des Unternehmens und des Arbeitgebers bei Kunden und der Öffentlichkeit zu bedenken. So wird vielfach die Tatsache ausgeblendet, dass sich die Firma in vielen Fällen in einer Opferposition befindet. Dies wird jedoch häufig nicht von der medialen Berichterstattung transportiert. Vielmehr wird bei der Verfehlung eines Einzelnen der Sachverhalt – und sei es auch nur implizit – auf das Unternehmen übertragen. Ebenso maßgeblich ist das Interesse, etwaige weitere Ermittlungen gegen den Zeugen durch eine adäquate Beratung durch den Zeugenbeistand zu verhindern. Die dargestellten Fälle der Freistellung der Verteidigerkosten durch den Arbeitgeber führen daher auch aus diesem Gesichtspunkt zu einer Übertragbarkeit auf den Zeugenbeistand.

## IV. Ergebnis

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Kriterien für die Übernahme der Verteidigerkosten auch auf die Freistellung der Kosten des Zeugenbeistandes übertragbar und anwendbar sind. Daraus folgt, dass auch die Kostenübernahme des Zeugenbeistandes durch den Arbeitgeber nicht den Tatbestand der Untreue gemäß § 266 StGB erfüllt. Insbesondere ist an die Kernaufgabe des Zeugenbeistandes zu denken, die auch dem Verteidiger eigen ist, nämlich die Schutzfunktion, die etwaige Verfolgungen des Zeugen, aber auch des Arbeitgebers abwenden kann.

## V. Literatur

- *Bergwitz, Christoph*, Anspruch auf Ersatz von Strafverteidigungskosten, NZA 2016, 203 ff.
- *Brandmüller, Gerd; Ellenberger, Jürgen; Götz, Isabell; Grünberg, Christian; Herrler, Sebastian; Sprau, Hartwig; Thorn, Karsten; Weidenkaff, Walter; Weidlich, Dietmar; Wicke, Hartmut*, Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch BGB, 78. Aufl. 2019. Zitiert: Palandt/Bearbeiter.
- *Dahs, Hans*, Handbuch des Strafverteidigers, 8. Aufl. 2015. Zitiert: Dahs.

<sup>63</sup> MüKo-StPO/Maier/Percic Vor § 48 Rn 1.

<sup>64</sup> MüKo-StPO/Kulhanek § 176 Rn 22; MAH Strafverteidigung/Salditt § 1 Rn 5.

- *Eidam, Gerd*, Unternehmen und Strafe, 4. Aufl. 2014. Zitiert: *Eidam*.
- *Feuerich, Wilhelm E.; Weyland, Dag*, Bundesrechtsanwaltsordnung, 9. Aufl. 2016. Zitiert: *Feuerich/Weyland/Bearbeiter*, BRAO.
- *Fischer, Thomas*, Strafgesetzbuch: StGB mit Nebengesetzen, 65. Aufl. 2018. Zitiert: *Fischer*, StGB.
- *Fleischer, Holger*, Haftungsfreistellung, Prozesskostenersatz und Versicherung für Vorstandsmitglieder – eine rechtsvergleichende Bestandsaufnahme zur Enthaltung des Managements, WM 2005, 909 ff.
- *Gercke, Björn; Julius, Karl-Peter; Temming, Dieter; Zöller; Mark Alexander*, Strafprozessordnung „Heidelberger Kommentar“, 6. Aufl. 2019. Zitiert: *HK-StPO/Bearbeiter*.
- *Hannich, Rolf*, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Aufl. 2013. Zitiert: *KK-StPO/Bearbeiter*.
- *Hefendehl, Roland; Hohmann, Olaf*, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 5, 3. Aufl. 2019. Zitiert: *MüKo-StGB/Bearbeiter*.
- *Hoffmann, Volker H.; Wißmann, Anke C.*, Die Erstattung von Geldstrafen, Geldauflagen und Verfahrenskosten im Strafverfahren durch Wirtschaftsunternehmen gegenüber ihren Mitarbeitern, StV 2001, 249 ff.
- *Klengel, Detlef W.; Müller, Clemens Alexander*, Der anwaltliche Zeugenbeistand im Strafverfahren, NJW 2011, 23 ff.
- *Knauer, Christoph; Kudlich, Hans; Schneider, Hartmut*, Münchener Kommentar zur StPO, 1. Aufl. 2014. Zitiert: *MüKo-StPO/Bearbeiter*.
- *Krause, Rüdiger*, „Nützliche“ Rechtsverstöße im Unternehmen – Verteilung finanzieller Lasten und Sanktionen, BB-Special 8 zu 2007 (Heft 28), S. 2 ff.
- *Meyer-Goßner, Lutz; Schmitt, Bertram*, Strafprozessordnung, 61. Aufl. 2018. Zitiert: *Meyer-Goßner/Schmitt/Bearbeiter*.
- *Minoggio, Ingo*, Firmenverteidigung, 2. Aufl. 2010. Zitiert: *Minoggio*.
- *Müller-Christmann, Bernd*, Die Bezahlung einer Geldstrafe durch Dritte BGHSt 37, 226, JuS 1992, 379 ff.
- *Müller-Glöge, Rudi; Preis, Ulrich; Schmidt, Ingrid*, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 230. Bürgerliches Gesetzbuch, 19. Aufl. 2019. Zitiert: *ErfK-BGB/Bearbeiter*.
- *Poller, Stefan*, Untreue durch Übernahme von Geldsanktionen, Verfahrenskosten und Verteidigerhonoraren?, StraFo 2005, 274 ff.
- *Satzger, Helmut; Schluckebier, Wilhelm; Widmaier, Gunter*, StPO Strafprozessordnung, 3. Aufl. 2018. Zitiert: *Satzger/Schluckebier/Widmaier/Bearbeiter*.
- *Sieber, Ulrich*, Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht: Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen; Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, 2008. Zitiert: *Bearbeiter*, FS Tiedemann.
- *Stoffers, Kristian F.*, Untreue durch Zusage der Übernahme von Geldsanktionen und Verteidigerkosten, JR 2010, 246 ff.
- *Wessing, Jürgen; Ahlbrecht, Heiko*, Der Zeugenbeistand, 2013. Zitiert: *Wessing/Ahlbrecht*.
- *Widmaier, Gunter; Müller, Eckhart; Schlothauer, Reinhold; Schütrumpf, Matthias*, Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 2. Aufl. 2014. Zitiert: *MAH Strafverteidigung/Bearbeiter*.

## Pflichtverteidigung ohne Vertrauen\*

\_\_\_\_ Rechtsanwältin Fenna Busmann, Hamburg

### I. Einleitung

In der Überschrift steht hinter „Pflichtverteidigung ohne Vertrauen“ kein Fragezeichen. Ohne Fragezeichen beinhaltet der Titel eine Suggestion, nämlich dass es Verteidigung ohne Vertrauen geben und dass die von einem Gericht auferlegte Pflicht das Vertrauen ersetzen könnte. Darum stelle ich die Frage: Kann – oder besser: Darf es das geben?

Ich kenne keine treffendere Beschreibung zu dem Thema „Misstrauen und Vertrauen“ im Strafverfahren als folgende: „Misstrauen beherrscht das Strafverfahren. Die Justiz misstraut dem Beschuldigten und dem, was er sagt oder sagen lässt. Als Schutzbehauptung disqualifiziert sie das gerne. Überhaupt

ist der ganze Strafprozess auf Misstrauen gegenüber dem Beschuldigten angelegt. Man misstraut seinem Willen, sich dem Verfahren zu stellen, und nimmt Fluchtgefahr an; man misstraut seiner Bereitschaft, die Beweismittel nicht zu verfälschen, und nimmt deshalb Verdunklungsgefahr an. Dafür traut die Justiz dem Beschuldigten aber auch viel zu – nämlich die vorgeworfene Tat. Dieses Zutrauen beruht nicht auf Vertrauen, sondern wieder auf Misstrauen, nämlich in die Bereitschaft oder Fähigkeit des Beschuldigten, die Gesetze eingehalten zu haben oder zukünftig einzuhalten. ... Auch der Beschuldigte

\* Leicht abgeänderter Vortrag, gehalten auf dem 35. Herbstkolloquium 2018 in Köln.