

mung für das weitere Verfahren einem Verwertungs- oder gar einem Verwendungsverbot (zum Unterschied s. u. § 24 Rn. 63f.) unterliegt, für die Zukunft häufiger stellen. Nach der früheren Rspr. sollte die Verletzung der Pflicht zur Bestellung eines Verteidigers zwar kein Beweisverwertungsverbot begründen (so v. Stetten, FS Beulke, 2015, 1053), aber den Beweiswert des Vernehmungsergebnisses vermindern (BGHSt 46, 93, 103ff., sog. **Beweiswürdigungslösung**, dazu u. § 24 Rn 39). Es leuchtet aber nicht ein, dass die Vorenthaltung der Verteidigung schwächere Rechtsfolgen als die Verletzung von Belehrungspflichten haben soll (näher u. § 24 Rn. 31, 37f.). Auch im Fall des § 141a muss für das betreffende Verfahren selbst ein Verwertungsverbot eingreifen, weil die gesetzliche Beschränkung des Rechts auf Verteidigung allein anderer Interessen wegen angeordnet ist.

C. Gewählter und bestellter Verteidiger; die Person des Verteidigers

I. Begriffe

Während die Frage der notwendigen Verteidigung das Problem betrifft, ob der Beschuldigte einen Verteidiger braucht oder auch ohne ihn auskommen kann, geht es bei dem Komplex „gewählter oder bestellter Verteidiger“ um das Problem, durch wen jemand in die Verteidigerstellung berufen wird. Wählt der Beschuldigte den Verteidiger selbst, so spricht man von einem **gewählten** Verteidiger. Wird der Verteidiger von der Justiz berufen, so spricht man von einem **bestellten** Verteidiger oder **Pflichtverteidiger**. Da die Problemkreise „notwendige – freiwillige Verteidigung“ und „gewählter – bestellter Verteidiger“ verschiedene Fragen betreffen, kann dementsprechend ein notwendiger Verteidiger auch vom Beschuldigten gewählt sein. Dagegen korrespondieren notwendige und bestellte Verteidigung, da ein Verteidiger nur in den Fällen der notwendigen Verteidigung bestellt wird (§ 142). Ein bestellter Verteidiger kann also niemals freiwilliger Verteidiger sein.

II. Wählbarer und bestellbarer Personenkreis

1. Der Kreis der *Personen*, denen die Verteidigung²² übertragen werden kann, ist bei der Wahlverteidigung und der Pflichtverteidigung (Offizialverteidigung) nicht ganz der gleiche:

a) **Wählbar** sind nach § 138 zunächst alle²³ in der BRD zugelassenen **Rechtsanwälte**;²⁴ ferner die **Rechtslehrer** an deutschen Hochschulen mit Befähigung zum

²² Außer in der Hauptverhandlung oder bei Zeugenvernehmungen lässt die h. M. (*M-G/S*, vor § 137 Rn. 12) auch ohne Genehmigung des Gerichts die Beauftragung privater Bevollmächtigter zur Abgabe von Erklärungen des Beschuldigten (z. B. bei der Berufungseinlegung) zu.

²³ Eine Ausnahme gilt für die Rechtsanwälte, die beim BGH zugelassen sind; diese dürfen nur vor dem BGH, den anderen obersten Gerichtshöfen des Bundes, dem Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe und dem BVerfG auftreten: § 172 BRAO.

²⁴ Dass der gewählte Verteidiger mit Zustimmung seines Mandanten die Verteidigung (bereits im Ermittlungsverfahren) einem Referendar übertragen kann, der seit mindestens 15 Monaten im Justizdienst beschäftigt ist (§ 139; nicht aber auf einen Assessor, s. BGHSt 26, 319; BayObLG StV 1992, 99), ist eine Vorsorge aus den Zeiten geringer Anwaltsdichte und langer Referendarzeit, die heute keine Rolle mehr spielt.

Richteramt (was durch den Verweis auf das Hochschulrahmengesetz die Fachhochschulen einschließt).²⁵ Der Gesetzgeber wollte dadurch für besonders komplizierte Verfahren die Möglichkeit schaffen, dass eine in der Wissenschaft verankerte und nicht durch die Rücksichtnahme auf andere oder künftige Mandate behinderte Verteidigung möglich ist.

- 36 b) **Bestellbar** sind **Rechtsanwälte**, auf Verlangen des Besch. gem. § 142 V, 3 auch Rechtslehrer (M-G/S, § 142 Rn. 58). Nur wenn der Beschuldigte keine bestimmte Person bezeichnet hat, ist der Pflichtverteidiger aus dem Gesamtverzeichnis der BRAK auszuwählen, vorzugsweise ein Fachanwalt für Strafrecht oder ein sein allgemeines Interesse anzeigender und geeigneter Rechtsanwalt (§ 142 VI).

III. Kriterien für die Wahl oder Bestellung des Verteidigers

- 37 1. Der Beschuldigte hat das Recht, seinen Verteidiger selbst zu wählen (Art. 6 III c EMRK), womit er grundsätzlich die Bestellung eines Pflichtverteidigers ausschließt (s. den Wortlaut von § 141 I und II „der noch keinen Verteidiger hat“) bzw. – bei nachträglicher Wahl – deren Aufhebung erzwingt (§ 143a I 1); zu den (auf einen „Zwangsverteidiger“ hinauslaufenden) Ausnahmen s. u. Rn. 45. Hat er einen gesetzlichen Vertreter, so kann auch dieser selbständig einen Verteidiger wählen (§ 137).
- 38 2. Vor der Bestellung eines Pflichtverteidigers muss dem Beschuldigten Gelegenheit gegeben werden, diesen innerhalb einer bestimmten Frist selbst zu bezeichnen (§ 142 V), sofern nicht eine sofortige Beiordnung des Vert. notwendig ist (BGH NStZ 1997, 401). Hat der Beschuldigte etwa einen (sei es auch auswärtigen) Rechtsanwalt bezeichnet, zu dem er besonderes Vertrauen hat, so ist dieser zu bestellen (BGH StV 1997, 564), wenn kein „wichtiger Grund entgegensteht“, namentlich „wenn der Verteidiger nicht oder nicht rechtzeitig zur Verfügung steht“ (§ 142 V 2). Die bloße Verleumdung staatlicher Stellen durch einen Verteidiger reicht für eine Ablehnung noch nicht aus (a. A. KG JR 1978, 346). Wird der Wunsch des Beschuldigten, ihm den Anwalt seines Vertrauens beizuordnen, vom Gericht unbeachtet gelassen, so kann dies Befangenheit begründen (BayObLG StV 1988, 97) und mit der sofortigen Beschwerde angegriffen werden (§ 142 VII), wodurch zugleich die Revision ausgeschlossen ist (§ 336 S. 2). Zur Auswechslung des Pflichtverteidigers s. o. Rn. 27.
- 39 Wenn der Beschuldigte – wie häufig – keinen Verteidiger zu benennen weiß, obwohl er nach § 136 I, 3 mit entsprechenden Informationen zu versehen ist, sollte die Zuständigkeit für die Auswahl des Pflichtverteidigers vom Ermittlungsrichter oder Vorsitzenden auf die Rechtsanwaltskammer verlagert werden, um der (wegen der ökonomisch angespannten Situation vieler Rechtsanwälte häufig drohenden) Entstehung symbiotischer Verhältnisse zwischen einem Vorsitzenden und „seinem“ Pflichtverteidiger vorzubeugen. Auch dadurch würde aber die anhaltende Malaise der Pflichtverteidigung nicht geheilt, die allzu oft von allzu kärglich vergüteten Rechtsanwälten in unzulänglicher Weise geführt wird.

²⁵ Wählbar sind auch andere Personen, diese aber nur mit Genehmigung des Gerichts, und bei notwendiger Verteidigung nur, wenn der Gewählte auch zum Verteidiger bestellt werden könnte; sonst nur in Gemeinschaft mit einem solchen (§ 138 II). In der Praxis spielt § 138 II keine Rolle; die Gerichte gehen mit Recht davon aus, dass ein Nichtanwalt (sei er auch Jurist) die für eine Genehmigung erforderliche besondere Befähigung zur Verteidigung nicht besitzt (OLG Karlsruhe NStZ 1987, 424).

IV. Verbot der Mehrfachverteidigung und der Verteidigervielzahl

a) Um Interessenkollisionen zu vermeiden, darf ein Verteidiger weder mehrere derselben Tat Beschuldigte noch in einem Verfahren mehrere verschiedener Taten Beschuldigte gleichzeitig verteidigen (§ 146). Nach der geltenden, durch das StVÄG 1987 eingeschränkten Fassung des § 146 ist dagegen die **sukzessive Mehrfachverteidigung** gestattet (BGH NStZ-RR 2002, 12); auch fällt die Verteidigung mehrerer Beschuldigter in verschiedenen Verfahren, deren Anklagen ein gemeinsamer Tatkomplex oder Sachzusammenhang zugrunde liegt, nicht mehr unter § 146. Aus dem Wort „gleichzeitig“ ergibt sich ferner, dass ein Verteidiger unter Niederlegung des Erstmandats das Mandat eines Mitbeschuldigten übernehmen darf, dass ein erstes Verteidigerverhältnis nach dem unzulässigen Hinzutritt eines zweiten beibehalten werden kann und dass der Tod eines früheren Mandanten eine Zweitverteidigung nicht ausschließt. Dagegen ist auch bei einer Verbindung verschiedener Taten die Verteidigung der wegen verschiedener Taten Angeklagten durch ein und denselben Verteidiger verboten (§ 146 S. 2).

b) Weil das (rechtspolitisch zweifelhafte, s. u. Rn. 44) Verbot der Mehrfachverteidigung hart in die anwaltliche Berufsausübung eingreift, wird es entgegen der früheren Rspr. mehr und mehr einengend ausgelegt. So hat der BGH gefordert, das „Bestreben nach möglicher Vermeidung eines beim einzelnen Verteidiger auftretenden Interessenwiderstreits“ und das Bedürfnis „nach einer nicht zu weit gehenden Beschränkung der freien Advokatur“ maßvoll auszugleichen, und deshalb bei einem Verstoß gegen § 146 für den Erfolg der Revision den Nachweis einer konkreten Interessenkollision verlangt (BGHSt 27, 22 m. zust. Anm. K. Meyer, JR 1977, 212). Einzelne Fragen eines Verteidigers zugunsten eines Mitangeklagten verstoßen ebenso wenig gegen § 146 (BGH MDR/H 1982, 449) wie Anbahnungsgespräche, die ein Anwalt mit mehreren Beschuldigten führt, ohne sich schon entschieden zu haben, wen er verteidigen will (OLG Düsseldorf StV 1984, 106). Nach dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers ist es nicht zulässig, in entsprechender Anwendung des § 146 einen Verteidiger wegen anderer, gesetzlich nicht geregelter Interessenkonflikte auszuschließen (OLG Düsseldorf NStZ 1991, 352).

c) Zwar darf ein Beschuldigter mehrere Verteidiger haben; doch dürfen es, damit nicht der Verfahrensablauf durch zu viele Verteidiger gehemmt wird, höchstens **drei** sein (§ 137 I 2, II 2). Str. ist, ob die Zahl von drei Verteidigern durch Unterbevollmächtigungen überschritten werden darf (dafür *Schmidt-Leichner*, NJW 1975, 420, dagegen KG NJW 1977, 912 u. *Schmid*, MDR 1979, 804). Bei einer Sozietät zählt jeder Anwalt als Einzelverteidiger; erforderlich ist nur, dass in Fällen des § 146 und bei Sozietäten mit mehr als drei Anwälten (§ 137 I 2) deutlich wird, wer welchen Klienten verteidigt (näher BVerfGE 43, 79; BGHSt 27, 124).

d) Prozesshandlungen eines nach §§ 137 I 2 oder 146 unzulässigen Verteidigers werden gleichwohl wirksam, wenn das Gericht den Verteidiger nicht vor oder gemeinsam mit dieser Handlung zurückweist (s. § 146a und BGHSt 26, 335). Im Ermittlungsverfahren darf auch der StA den Verteidiger zurückweisen (BVerfG NJW 1976, 231). Dabei ist die Zurückweisung durch das Gericht vom Verteidiger und seinem Mandanten mit der Beschwerde (BGHSt 26, 291), diejenige durch die StA nach § 23 EGGVG angreifbar.²⁶

e) Die Beschränkung der Verteidigerzahl in § 137 I 2 sowie die starke Einschränkung der Mehrfachverteidigung in § 146 ist vom BVerfG (BVerfGE 39, 156) für verfassungsmäßig erklärt worden, im Schrifttum aber mit Recht weitgehend auf Ablehnung gestoßen. Gegen § 137 I 2 lässt sich geltend machen, dass in

²⁶ Nur bei zurückweisenden Entscheidungen des BGH oder eines OLG im ersten Rechtszug entfällt nach § 304 IV die Beschwerde (BGH NJW 1976, 156) und damit nach Ansicht von BGHSt 27, 96 auch die Revision (a. A. *Gössel*, 1979, 35; *Herrmann*, 1979, 43f.).

Mammutprozessen die Zulassung von mehr als drei Verteidigern sehr wohl auch eine Beschleunigung durch spezialisierte Arbeitsteilung ermöglichen kann. Vor allem aber weckt § 146, auch in der heute geltenden Form, Bedenken. Die Interessenkollision, der diese Bestimmung vorbeugen will, wird normalerweise durch den Straftatbestand des Parteiverrats (§ 356 StGB) und die eigene Aufmerksamkeit des Angeklagten verhindert werden; tritt sie doch einmal auf, würde ein Ausschluss im Einzelfall genügen, wie § 146 i. d. F. vor 1975 ihn vorsah. Einen gewissen Ausgleich, aber auch Gefahren bietet die Möglichkeit einer internen Abstimmung der Verteidiger verschiedener Angeklagter auf eine gemeinsame Strategie, sog. **Sockelverteidigung** (dazu näher Wohlers, FS Beulke, 2015, 1067).

V. Sicherungsverteidiger

- 45 Trotz zahlreicher Bedenken im Schrifttum hatte es sich in der Gerichtspraxis eingebürgert, in erstinstanzlichen Sachen größeren Umfangs *neben* den Wahlverteidigern noch Pflichtverteidiger zu bestellen oder diese auch nach Auftreten von Wahlverteidigern nicht zu entlassen, weil die Pflicht zur Fürsorge für den Angekl. und zur beschleunigten Verfahrensdurchführung die Bestellung von Pflichtverteidigern schon dann gebiete, wenn sich nur „die Gefahr abzeichne, dass der Verteidiger die zur Durchführung der Hauptverhandlung notwendigen Maßnahmen nicht treffen kann oder ... will“.²⁷ Diese Übung hat nunmehr unter der leicht euphemistischen Rubrizierung „Zusätzliche Pflichtverteidiger“ in § 144 und § 143a I 2 eine ausdrückliche gesetzliche Regelung gefunden. Zusätzlich zu einem Wahl- oder Pflichtverteidiger können danach bis zu 2 weitere Pflichtverteidiger bestellt werden, wenn dies „zur Sicherung der zügigen Durchführung des Verfahrens, insbesondere wegen dessen Umfang oder Schwierigkeit erforderlich ist“.²⁸ In der Tat wird man nicht zulassen können, dass ein langwieriger Prozess nur deshalb „platzt“, weil der Wahlverteidiger kurz vor Abschluss sein Mandat niederlegt und der dann zu bestellende Pflichtverteidiger (§ 145 I) in die Materie nicht eingearbeitet ist. Andererseits ist die jetzige Regelung, dem Beschuldigten trotz Vorhandenseins eines Wahlverteidigers einen im Prozess zur uneingeschränkten Mitwirkung berechtigten (!) „Zwangsverteidiger“ beizustellen, zur Verfahrenssicherung unnötig, weil hierfür ein Ersatzverteidiger nach dem Muster eines Ergänzungsrichters (§ 192 II GVG, s. u. § 44 Rn. 36), mit Akteneinsichts- und Anwesenheitsrecht, aber ohne Antrags- und wohl auch ohne Fragerecht ausgereicht hätte (näher 25. Aufl., § 19 Rn. 37ff.; zu den verschiedenen Möglichkeiten Wohlers-SK Rn. 44f. vor § 137; *Groß-Börling*, FS Fischer, 2018, 641). Auch hat die unlimitierte „Zwangsverteidigung“ in der Vergangenheit eine effektive Verteidigung oft eher behindert. Denn soweit sich der Beschuldigte, sein Wahlverteidiger und der aufgenötigte Pflichtverteidiger nicht auf eine Strategie einigen können, hat der vom Vertrauen und der Information seines Klienten abgekoppelte „Zwangsverteidiger“ wenig Chancen, dessen Grundrechte effektiv zu schützen. Er hält lediglich den äußeren Schein einer ordnungsgemäßen Verteidigung aufrecht und begründet für die Gerichte die ständige Versuchung, das Verfahren auch bei kurzfristigen Verhinderungen des meist besser informierten Wahlverteidigers ohne Unterbrechung fortzuführen.

²⁷ So unter Hinweis auf § 145 I BGHSt 15, 306, 309; BGH NJW 1973, 1985; OLG Frankfurt a. M. NJW 1972, 2055; OLG Hamm NJW 1979, 1986; LG Koblenz NStZ 1995, 250 m. Anm. *Wasserburg*; a. A. *Schmidt-Leichner*, NJW 1975, 421; einschr. OLG Frankfurt a. M. StV 1986, 144.

²⁸ Die Einschränkung des Verteidigerwechsels gem. § 143a I 2 Hs. 1, wenn „zu besorgen ist, dass der neue Verteidiger das Mandat demnächst niederlegen und seine Beordnung als Pflichtverteidiger beantragen wird“, gehört dagegen nicht in diesen Kontext, sondern soll eine Umgehung der Ausschließlichkeit der in § 143a II aufgeführten Gründe für eine Auswechselung des Pflichtverteidigers verhindern.

Wird der Angeklagte freigesprochen, darf der dem Wahlverteidiger entstehende Erstattungsanspruch nicht um die Pflichtverteidigerkosten gekürzt werden, solange die Bestellung des Pflichtverteidigers nicht auf dem Verschulden des Angeklagten beruht (BVerfGE 66, 313). Str. ist, ob der Wahlverteidiger überhaupt verpflichtet ist, einen während des Verfahrens hinzutretenden Pflichtverteidiger über den bisherigen Prozessverlauf zu informieren (dafür KG JR 1981, 86; abl. *Beulke*, JR 1982, 45). 46

Gegen die Anordnung wie auch die Ablehnung ist die sofortige Beschwerde statthaft, wobei das Beschwerdegericht aber nur kontrolliert, ob sich der Tatrichter bei der für die Beurteilung der „Erforderlichkeit“ zu stellenden, überaus schwammigen Prognose im Rahmen des Vertretbaren gehalten hat (BGHSt 65, 129). Die Revisibilität ist gem. § 336 S. 2 ausgeschlossen. 47

D. Ausschluss des Verteidigers; sitzungsleitende Maßnahmen

I. Die Ausschließung

Die frühere Rspr. hatte einen Ausschluss des Verteidigers immer dann zugelassen, wenn er seine Rolle als Rechtspflegeorgan, namentlich durch Konspiration mit seinem Mandanten, missbrauchte. Diese Praxis hatte BVerfGE 34, 293 (Fall Schily) mangels gesetzlicher Grundlage wegen Verstoßes gegen Art. 12 I GG im Jahre 1973 für unzulässig erklärt, so dass ein Verteidigerausschluss seither nicht möglich war. Daraufhin ist unter dem Eindruck der RAF-Prozesse in mehreren Anläufen (dazu i. e. *Remagen-Kemmerling*, 1992) die Regelung der §§ 138a–d geschaffen worden. 48

1. Danach gibt es jetzt **fünf Fallgruppen**, in denen ein Verteidiger von der Mitwirkung in einem Verfahren auszuschließen ist. Dabei wird bezüglich der Ausschlussgründe kein voller Nachweis vorausgesetzt, vielmehr genügt es: 49

a) wenn der Verteidiger dringend oder in einem die Eröffnung des Hauptverfahrens rechtfertigenden Grade, d. h. hinreichend verdächtig ist, mit dem Mandanten im Hinblick auf dessen Tat in strafbarer Weise (BGH NStZ 1986, 37) zusammenzuwirken (z. B. als Teilnehmer oder Strafvereiteler), § 138a I Nr. 1, 3.

Dabei meint **dringender** Tatverdacht große, **hinreichender** Tatverdacht überwiegende Wahrscheinlichkeit (näher unten § 39 Rn. 16). Anders als bei der Eröffnung des Hauptverfahrens, das erst nach „Durchermittlung“ des Sachverhalts in Betracht kommt, soll jedoch nach BGHSt 36, 133 (m. Anm. *Mehle*, NStZ 1990, 92; *Fezer*, JR 1990, 79; *Scholderer*, StV 1993, 228) im Falle des hinreichenden Verdachtes einer Strafvereitelung die Ausschließung eines Verteidigers nicht einmal die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens und erst recht nicht dessen Fortschreiten bis zur Anklagerife voraussetzen. Zur Begründung wird der Wortlaut des Gesetzes und der Umstand angeführt, dass „ein bestimmender Einfluss der Anklagebehörde“ (BGHSt 36, 137) dem Zweck des Gesetzes widerspreche; doch sollte gerade auf die weit besseren Ermittlungsmöglichkeiten der StA nicht verzichtet werden. Nach der Rspr. soll auch der Begriff der Beteiligung in § 138a I Nr. 1 weit auszulegen sein, so dass z. B. im Prozess gegen den Hehler der Dieb nicht als Anwalt auftreten kann. Denn wie § 60 Nr. 2 soll auch § 138a I über die Beteiligten i. S. d. §§ 25 ff. StGB hinaus jeden erfassen, der bei der Tat in strafbarer Weise in dieselbe Richtung wie der Beschuldigte gewirkt hat (vgl. u. § 26 Rn. 44 ff.) und deshalb im Prozess aus erheblichem Eigeninteresse die Wahrheitsfindung behindern könnte (vgl. BGH MDR/H 1977, 984; a. A. *Ulsenheimer*, GA 1975, 103, 111; *Gössel*, 1979, 29). Nach BGH NJW 1984, 316 soll ein Ausschluss sogar dann möglich sein, wenn der Anwalt wegen seiner Beteiligung mangels Strafantrags strafrechtlich nicht belangt werden kann. Schon die theoretische Möglichkeit einer ehrengerichtlichen Ahndung soll den Ausschluss rechtfertigen (zw.). Dagegen liegt keine Beteiligung vor, wenn ein Anwalt durch einen irrtümlichen, aber vertretbaren Rechtsrat zur strafbaren Handlung seines Mandanten Anlass gegeben hat (OLG Stuttgart NJW 1987, 2883). 50

b) wenn er zumindest hinreichend verdächtig ist, den Verkehr mit dem inhaftierten Mandanten zu Straftaten zu missbrauchen, § 138a I Nr. 2, 1. Alt. 51

Diese Vorschrift soll, weitergehend als § 138a I Nr. 1 u. 3, nicht nur die Wahrheitsfindung schützen, sondern auch den Inhaftierten an weiteren Beeinträchtigungen der Rechtsordnung mit Hilfe seines Anwalts hindern. Die Bestimmung ist jedoch viel zu weit geraten, indem sie ihrem ausdrücklichen Wortlaut nach sämtliche Tatbestände des StGB (z. B. auch einfache Beleidigungen!) erfasst (so auch *Gössel*, 1979, 30).

- 52 c) wenn er zumindest hinreichend verdächtig ist, den Verkehr mit dem Mandanten zu erheblicher Gefährdung der Anstaltssicherheit zu missbrauchen, § 138a I Nr. 2, 2. Alt.
- 53 d) wenn seine Mitwirkung bei bestimmten Staatsschutzdelikten die Sicherheit der Bundesrepublik gefährden würde, § 138b.²⁹
- e) wenn das Verfahren eine Straftat nach § 129a StGB zum Gegenstand hat und bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass er mit dem Mandanten im Hinblick auf dessen Tat in strafbarer Weise zusammengewirkt hat, § 138a II. Hier verzichtet das Gesetz also auf einen qualifizierten Verdachtsgrad.

Ließe man aber den einfachen Anfangsverdacht genügen, könnten in rechtsstaatlich bedenklicher Weise Anwälte auch dann ausgeschlossen werden, wenn ihnen nicht einmal soviel nachzuweisen ist, dass ein Hauptverfahren eröffnet werden könnte (vgl. u. § 39 Rn. 15 ff.). Wenigstens ist daher ein Verdacht zu fordern, der nicht nur die Einleitung, sondern auch noch die Durchführung des Ermittlungsverfahrens wahrscheinlich macht (KG NJW 1978, 1538).

- 54 2. Entgegen der früheren Rspr. hat BGHSt 42, 94 (m. Anm. *Weigend*, NSStZ 1997, 47) nunmehr entschieden, dass auch der Pflichtverteidiger nur nach Maßgabe der §§ 138a ff. abberufen werden darf. Dem ist zuzustimmen. Denn der Pflichtverteidiger unterliegt bei seiner Amtsführung keinen anderen Einschränkungen als ein Wahlverteidiger und darf daher auch nicht leichter abberufen werden können (*Rieß*, JR 1979, 36; *Dencker*, NJW 1979, 2176; *AK/Stern*, § 138a Rn. 8 m. w. N.).
- 55 3. Die Ausschließungsregelung der §§ 138a ff. ist abschließend. Keinesfalls darf daher eine Verletzung von Standespflichten zum Ausschluss führen (lehrreich OLG Karlsruhe NJW 1975, 459), und auch einen Zeugen oder ein Straftatopfer kann das Gericht nicht als Verteidiger ausschließen. Nur ein verhandlungsunfähiger „Verteidiger“ muss zurückgewiesen werden, weil er in juristisch relevantem Sinne überhaupt nicht verteidigen kann.
4. Der Ausschluss soll für das **ganze Verfahren** gelten; ein ausgeschlossener Verteidiger kann danach also nicht etwa nunmehr einen Mitangekl. verteidigen (BGHSt 26, 221). Außerdem kann ein Angekl. in demselben Strafverfahren nicht gleichzeitig als Vert. eines Mitangekl. tätig werden (BGH StV 1996, 469). Denn es besteht die Gefahr, dass er seinen Mandanten belastet, um sich selbst zu entlasten. Darüber hinaus kann er als Angekl. nicht in derselben Weise auf Wahrheit und Gerechtigkeit verpflichtet sein, wie dies bei einem Vert. der Fall ist.
- 56 5. Über den Ausschluss entscheidet i. d. R. das OLG, ggf. auch der BGH (vgl. näher § 138c), und zwar nach mündlicher Verhandlung, zu der der Verteidiger zu laden, der Beschuldigte und in der Regel der Vorstand der Rechtsanwaltskammer zu benachrichtigen sind (§ 138d I–V); einer mündlichen Verhandlung bedarf es entgegen dem Wortlaut von § 138d I nicht, wenn das Gericht eine Ausschließung von vornherein nicht in Betracht zieht (OLG Düsseldorf NSStZ 1991, 299 m. w. N.). Die Beweisaufnahme unterliegt nach BGHSt 28, 116 den Regeln des Freibeweises (dazu u. § 25 Rn. 3 ff.; krit. *LR/Lüderssen/Jahn*, § 138d Rn. 8). Das Ausschlussverfahren kann nach § 138c V auch dann weitergeführt werden, wenn der Vert. sein Mandat nach Einleitung des Verfahrens gegen ihn freiwillig niederlegt. Wird dabei festgestellt, dass die Mitwirkung des Vert. in dem Verfahren unzulässig wäre, so steht dies dem Ausschluss

²⁹ *Beulke*, 1980, 104 fordert eine Streichung dieser nach seiner Ansicht zu weit in die Rechte der freien Vert.wahl eingreifenden Vorschrift; zust. *Junker*, 1996, 200.

gleich. Die Regelung soll verhindern, dass sich der Vert. den Wirkungen eines zu erwartenden Ausschlusses durch sein vorzeitiges Ausscheiden aus dem Prozess entzieht (näher OLG Koblenz JR 1980, 477 m. Anm. *Rieß*). Gegen den Ausschluss kann der Vert. sofortige Beschwerde einlegen, während eine den Ausschluss ablehnende Entscheidung nicht anfechtbar ist (§ 138d VI); nicht anfechtbar ist auch die Ablehnung der Wiederaufhebung eines Ausschlusses (BGHSt 32, 231).

6. Die Ausschließung ist aufzuheben (§ 138a III Nr. 1–3):

57

- a) sobald ihre Voraussetzungen nicht mehr vorliegen,
- b) wenn der Vert. in einem Hauptverfahren, das wegen des Ausschließungssachverhalts eröffnet wurde, freigesprochen wurde,
- c) wenn ein Ehren- oder Berufsgericht keine schuldhafte Verletzung der Berufspflichten im Hinblick auf den Ausschließungssachverhalt feststellte oder
- d) wenn nicht spätestens ein Jahr nach der Ausschließung das strafprozessuale Hauptverfahren oder das ehren- oder berufsgerichtliche Verfahren eröffnet oder ein Strafbefehl erlassen wurde; aus wichtigem Grunde kann diese Frist jedoch um ein weiteres Jahr verlängert werden (§ 138a III 2).

7. Um Umgehungen zu verhindern, gilt folgendes: Solange ein Verteidiger ausgeschlossen ist, kann er den Beschuldigten auch in anderen Verfahren nicht verteidigen. Inhaftierte Beschuldigte darf er auch in sonstigen Angelegenheiten (etwa Zivilprozessen) nicht aufsuchen (§ 138a IV). Darüber hinaus darf er auch nicht andere Beschuldigte desselben Verfahrens verteidigen; wenn er in einem Verfahren, das eine Straftat nach § 129a StGB zum Gegenstand hat, ausgeschlossen wurde, darf er Mitbeschuldigte auch nicht in anderen Verfahren gleicher Art verteidigen (§ 138a V 1).

58

II. Sitzungsleitende oder strafrechtliche Maßnahmen gegen den Verteidiger

Von der Frage der Ausschließung des Verteidigers ist die Frage zu unterscheiden, ob ihm das **Wort entzogen** werden kann, z. B. weil er Zeugen verunglimpft oder weil seine Ausführungen in keinem Zusammenhang mit dem Gegenstand der Verteidigung stehen. Dies ist dem Vorsitzenden kraft seiner Prozessleitungsbefugnis nach § 238 I gestattet (vgl. BGH MDR 1964, 72 u. § 257 II, III). Eine davon zu unterscheidende Frage ist, ob der Verteidiger aus Gründen der Sitzungspolizei wegen Ungehorsams oder Ungebühr äußerstenfalls aus dem **Sitzungssaal entfernt** werden kann. Da der Verteidiger neben StA und Gericht gleichberechtigtes Rechtspflegeorgan ist, wird man Ordnungsmittel nach §§ 177, 178 GVG und damit eine Entfernung des Verteidigers aus sitzungspolizeil. Gründen als unzulässig betrachten müssen (h. M.; vgl. *Kühne*, Rn. 223). Dagegen soll ein Verteidiger ohne Robe zurückgewiesen werden dürfen (BVerfGE 28, 21). *Justizkritik* des Verteidigers in der Hauptverhandlung oder verbale Attacken gegen Zeugen und Sachverständige sind nur im Extremfall nach den §§ 185 ff. StGB strafbar, weil er regelmäßig in Wahrnehmung berechtigter Interessen gem. § 193 StGB handelt (näher Sch/Sch/Lenckner/Eisele StGB § 193 Rn. 22; *Beulke*, FS E. Müller, 2008, 45; *Schmitt-Leonardy*, AnwBl 2016, 528).

59

E. Aufgaben und Rechte des Verteidigers

Die Pflichten und Befugnisse des Verteidigers sind durch seine prozessuale Stellung vorgezeichnet und in ihren grundsätzlichen Aspekten schon o. bei Rn. 3 ff. dargestellt worden. Sie werden auch, soweit sie ihren Niederschlag in besonderen prozessualen

60