

Berufsrisiken des Strafverteidigers

Müller / Opper / von Stetten

2. Auflage 2021
ISBN 978-3-406-75196-7
C.H.BECK

C. Ausschlussverfahren gem. § 138a StPO

I. Voraussetzungen für einen Ausschluss

Der Gesetzgeber hat die §§ 138a ff. StPO aufgrund der Entscheidung des BVerfG im Fall Otto Schily vom 14.2.1973⁵¹⁶ eingeführt, die die bis dahin herrschende Praxis des Ausschlusses eines Verteidigers ohne Rechtsgrundlage für verfassungswidrig erklärt hat. Die nunmehr bestehenden Regelungen sind nach dem BVerfG verfassungsgemäß.⁵¹⁷ Ein Verteidiger ist **zwingend** von der Verteidigung seines Mandanten auszuschließen, wenn die Voraussetzungen der §§ 138a ff. StPO vorliegen, auch wenn dieser Ausschluss einerseits in die Rechte des Beschuldigten auf Wahl eines Anwalts seines Vertrauens und andererseits in die Rechte des Anwalts aus Art. 12 GG eingreift. **479**

1. Allgemein

Die Voraussetzungen des Ausschlusses eines Verteidigers sind in den §§ 138a Abs. 1 und Abs. 2, 139 StPO geregelt. Die Ausschließung führt dazu, dass der Verteidiger in keiner Weise mehr an der Verteidigung seines Mandanten mitwirken darf, das gilt gem. § 138a Abs. 4 StPO auch für andere gegen den Mandanten anhängige Verfahren und gem. § 138a Abs. 5 StPO für andere Beschuldigte im gleichen Verfahren. Die Ausschlussgründe gelten in jeder Lage des Verfahrens, gem. § 138c Abs. 3 StPO auch nach Rechtskraft des Urteils, also auch im Strafvollstreckungs-, Strafvollzugs-, Gnaden- und Wiederaufnahmeverfahren. **480**

2. Betroffener Personenkreis

Nach § 138a StPO können **alle** Verteidiger ausgeschlossen werden, also nicht nur Wahlverteidiger, sondern alle zur Verteidigung nach der Strafprozessordnung zugelassene Personen. Insbesondere findet § 138a StPO auch Anwendung auf **Pflichtverteidiger**⁵¹⁸ oder nach § 138 Abs. 2 StPO zugelassene Verteidiger, etwa Hochschulleh- **481**

⁵¹⁶ BVerfGE 34, 293.

⁵¹⁷ BVerfG NJW 1975, 2341.

⁵¹⁸ Vgl. BGHSt 42, 94 (95 f.), OLG Braunschweig StV 1984, 500; OLG Düsseldorf NStZ 1988, 519.

rer, Rechtsreferendare, oder die nach § 392 AO zu Verteidigern gewählten Angehörigen steuerberatender Berufe, die ansonsten den anwaltlichen berufsrechtlichen Regelungen nicht unterliegen. Insofern stellt § 138a StPO *lex specialis* zu der Möglichkeit einer Rücknahme der Bestellung gem. § 143 StPO dar.⁵¹⁹

3. Abschließende Ausschließungsgründe

482 Die in den §§ 138a Abs. 1 und 2, 139 StPO genannten Gründe für die Ausschließung eines Verteidigers sind abschließend aufgezählt. Andere Verfehlungen, selbst wenn sie grob berufsrechtswidrig oder strafbar sind, rechtfertigen nach geltendem Recht die Ausschließung des Verteidigers nicht.⁵²⁰

483 Gemäß § 138a Abs. 1 StPO ist ein Verteidiger von der Mitwirkung in einem Strafverfahren auszuschließen, wenn er dringend oder in einem die Eröffnung des Hauptverfahrens rechtfertigenden Grade selbst verdächtig ist

- der Beteiligung an der Tat,
- eines Missbrauchs des Verkehrs mit einem inhaftierten Beschuldigten,
- einer Strafvereitelung, Begünstigung oder (Daten-)Hehlerei zugunsten des Beschuldigten.

a) Ausschlussgrund der Tatbeteiligung, § 138a Abs. 1 Nr. 1 StPO

484 In Betracht kommt eine Beteiligung des Verteidigers durch Mitäterschaft, mittelbare Täterschaft, Anstiftung oder Teilnahme an der Straftat des Mandanten. Der Verteidiger ist auch dann beteiligt, wenn die eigene Tat die Haupttat und die des Mandanten lediglich eine Teilnahme darstellt. Ein strafbarer Versuch ist ausreichend, Vorsatz muss aber in allen Fällen beim Verteidiger vorliegen. Auch bei einem Strafantragsdelikt ist der Ausschluss möglich, selbst dann, wenn der erforderliche Strafantrag nicht gestellt wurde.⁵²¹

485 Die in Frage stehende Mitwirkung des Verteidigers muss strafbar sein.⁵²² Eine rein tatsächliche Eingebundenheit in das Tatgeschehen reicht nicht. So hat der Bundesgerichtshof entschieden,⁵²³ dass der

⁵¹⁹ Vgl. KK-StPO/*Willnow* § 138a Rn. 2.

⁵²⁰ Vgl. OLG Nürnberg StV 1995, 287 (289); *Meyer-Goßner/Schmitt* StPO § 138a Rn. 1.

⁵²¹ Vgl. OLG Hamburg NStZ 1983, 426.

⁵²² Vgl. BGH NStZ 1986, 37; *Meyer-Goßner/Schmitt* StPO § 138a Rn. 5.

⁵²³ Vgl. BGH StV 1993, 28.

Ausschluss eines Verteidigers in einem Parteiverratsverfahren gegen einen Rechtsanwalt auch dann unzulässig ist, wenn dieser sich vor der Übernahme des den Parteiverrat begründenden Mandats durch den späteren Verteidiger beraten ließ und dessen Rat eine Unbedenklichkeit der Mandatsübernahme attestierte. Der Wille des späteren Verteidigers bei der Erteilung des Rats war auf einen pflichtgemäßen Rat gerichtet gewesen. Anhaltspunkte für einen Gehilfenvorsatz und damit eine Tatbeteiligung waren nicht gegeben.

b) Missbrauch des Verkehrs mit einem inhaftierten Beschuldigten, § 138a Abs. 1 Nr. 2 StPO⁵²⁴

Der Verteidiger kann ausgeschlossen werden, wenn er den Verkehr mit dem Mandanten, der sich **nicht auf freiem Fuß** befindet, dazu missbraucht, Straftaten zu begehen, § 138a Abs. 1 Nr. 2 (1) StPO oder die Sicherheit einer Vollzugsanstalt erheblich zu gefährden, § 138a Abs. 1 Nr. 2 (2) StPO. Beim Missbrauch zur Begehung von Straftaten ist nicht auf die Schwere der Straftaten abzustellen, auch geringfügigere Straftaten können den Ausschlussgrund des § 138a Abs. 1 Nr. 2 (1) StPO begründen, wobei dennoch wegen des erheblichen Eingriffs sowohl in die Rechte des Mandanten wie auch in die des Verteidigers das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu wahren ist. Voraussetzung ist aber, dass eine Einbindung des Anwaltes in Form einer Täterschaft oder Teilnahme vorliegt. Der Verdacht, dass der Verteidiger erst künftig Straftaten begehen werde, reicht nicht aus.⁵²⁵ 486

Abweichend zu § 138a Abs. 1 Nr. 1 StPO ist es nicht notwendig, dass die in Frage stehenden Straftaten bereits Gegenstand des Ermittlungsverfahrens gegen den in Haft befindlichen Beschuldigten sind. 487

Die alternative Tatbestandsvariante des § 138a Abs. 1 Nr. 2 (2) StPO der erheblichen Gefährdung der Sicherheit einer Vollzugsanstalt erfordert eine konkrete Gefährdung für Personen und Sachen; zu denken ist beispielsweise an das Einführen von Ausbruchsinstrumenten, Waffen, Gebäudeskizzen etc.⁵²⁶ Nicht ausreichend ist dagegen allein die Ordnungswidrigkeit des unerlaubten Verkehrs mit Gefangenen, § 115 OWiG. 488

c) Verdacht der Strafvereitelung, Begünstigung oder (Daten)hehlerei, § 138a Abs. 1 Nr. 3 StPO

Bei der Frage des Ausschlusses des Verteidigers wegen der sogenannten „Anschlussstaten“ der §§ 257–260a StGB ist die Frage, ob 489

⁵²⁴ → Rn. 153 ff.

⁵²⁵ So auch *Meyer-Goßner/Schmitt* StPO § 138a Rn. 7.

⁵²⁶ Vgl. *KK-StPO/Willnow* § 138a Rn. 11.

der beschuldigte Mandant die Haupttat selbst begangen hat, nicht zu prüfen. Im Rahmen des Ausschließungsverfahrens hat das Gericht die Strafbarkeit der Haupttat zu unterstellen und auf dieser Prämisse zu prüfen, ob eine strafbare Unterstützungshandlung durch den Verteidiger im Sinne des § 138a Abs. 1 Nr. 3 StPO erfolgt ist.⁵²⁷ Auch hier ist der strafbare Versuch ausreichend, nicht jedoch die straflose Unterstützungshandlung. Gegenstand der Prüfung des Gerichts ist dabei die Tat des Mandanten iSv § 264 StPO.⁵²⁸

- 490 In der Praxis ist der Vorwurf einer Strafvereitelung häufigster Ausschließungsgrund,⁵²⁹ wobei für einen Ausschluss gemäß § 138a Abs. 1 Nr. 3 StPO bereits eine versuchte Strafvereitelung ausreicht.⁵³⁰

d) Verdachtsgrade

- 491 Nach dem Gesetzeswortlaut des § 138a Abs. 1 StGB wird entweder ein dringender Tatverdacht gefordert oder aber ein die Eröffnung des Hauptverfahrens rechtfertigender Verdacht, also hinreichender Tatverdacht. Ein **dringender** Verdacht liegt vor, wenn aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Umstände mit großer Wahrscheinlichkeit davon auszugehen ist, dass ein Ausschließungsgrund gegeben ist,⁵³¹ er entspricht also der Verdachtsform des § 112 StPO. Der **hinreichende** Verdacht ist bereits dann anzunehmen, wenn zum Zeitpunkt der Beurteilung des Verdachtsgrades eine Verurteilung wahrscheinlicher ist als ein Freispruch die bereits erfolgte Einleitung eines Ermittlungsverfahrens ist nicht erforderlich.⁵³²
- 492 Die Nennung beider Verdachtsgrade in § 138a Abs. 1 StPO ist auf den ersten Blick irritierend, da ein hinreichender Tatverdacht weniger ist als ein dringender Tatverdacht und somit die Erwähnung des dringenden Tatverdacht überflüssig und unnötig wäre.
- 493 Ursprünglich hat daher die Rechtsprechung über den Wortlaut des Gesetzes hinaus bei einem nur hinreichenden Tatverdacht zusätzlich die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens gegen den auszuschießenden Rechtsanwalt gefordert.⁵³³ Diese Rechtsprechung wurde aber aufgegeben, wobei dies nicht dazu geführt hat, dass nunmehr beide Verdachtsgrade wahlweise nebeneinanderstehen.

⁵²⁷ Vgl. OLG Braunschweig StV 1984, 500.

⁵²⁸ Vgl. *Beulke/Ruhmannseder* Die Strafbarkeit des Verteidigers Rn. 523.

⁵²⁹ Zur Frage, wann Strafvereitelung vorliegt → Rn. 23 ff.

⁵³⁰ Vgl. *Meyer-Göfner/Schmitt* StPO § 138a Rn. 11 mwN.

⁵³¹ Vgl. BGH NJW 1984, 316; OLG Hamburg NStZ 1983, 426.

⁵³² Vgl. BGHSt 36, 133 (134 ff.); BGH StV 1996, 470; BGH StraFo 2018, 519.

⁵³³ Vgl. BGH AnwBl 1981, 115; BGHR StPO 138a Abs. 1 Nr. 3 Begünstigung 1; OLG Düsseldorf AnwBl. 1987, 44.

Die unterschiedlichen Verdachtsgrade werden nunmehr von der Rechtsprechung⁵³⁴ wie folgt differenziert: 494

- Hinreichender Tatverdacht reicht nur aus, wenn der in Frage stehende Sachverhalt unter Ausschöpfung aller wesentlichen Aufklärungsmöglichkeiten und Erkenntnisquellen feststeht.
- Ein dringender Tatverdacht ist notwendig, wenn der Sachverhalt noch Aufklärungslücken enthält.

Praxistipp: Für eine Verteidigung in einem Ausschließungsverfahren gemäß § 138a StPO ist es daher dringend zu empfehlen, die Lückenhaftigkeit und die unvollständige Ermittlung der Ausschließungsgründe darzulegen, um damit die erhöhten Anforderungen an den Ausschließungsverdacht zu erreichen.

495

e) Weitere Ausschlussgründe gem. §§ 138a Abs. 2, 138b S. 1 StPO

Für einen Ausschluss des Verteidigers gem. § 138a Abs. 2 StPO sind geringere Anforderungen an den Verdachtsgrad als bei § 138a Abs. 1 StPO ausreichend.⁵³⁵ Bei Verfahren gegen den Mandanten, die den Vorwurf der §§ 129a, 129 StGB zum Gegenstand haben, reicht es für den Ausschluss aus, dass bestimmte Tatsachen den (Anfangs-)Verdacht begründen, der Verteidiger könnte eine der in § 138a Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StPO bezeichneten Taten begangen haben. 496

Noch geringer sind die Anforderung an einen Ausschluss des Verteidigers gem. § 138b S. 1 StPO. Voraussetzung ist hier nicht, der Verdacht einer strafbaren Handlung des Verteidigers, sondern die auf bestimmte Tatsachen gestützte Annahme, die Mitwirkung des Verteidigers in dem Strafverfahren könne eine Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland herbeiführen. Es kommt nicht darauf an, ob Handlungen oder Unterlassungen des Verteidigers zu befürchten sind, etwa: Er lichtet Geheimpapiere ab oder lässt sie ablichten und gibt sie weiter. Eine Gefahr kann auch darin liegen, dass nach dem Verhalten des Verteidigers zu besorgen ist, er werde Geheimpapiere so unvorsichtig verwahren, dass sie unbemerkt von ihm in dritte Hände geraten können.⁵³⁶ 497

⁵³⁴ Vgl. BGHSt 36, 133 (134 ff.); BGH StV 1996, 470; zust. *Frye* wistra 2005, 86 (87); *Meyer-Gofßner/Schmitt* StPO § 138a Rn. 14.

⁵³⁵ → Rn. 491 ff.

⁵³⁶ KK-StPO/*Willnow* § 138b Rn. 2.

II. Einleitung des Ausschlussverfahrens

1. Einleitungszuständigkeit

- 498 Gem. § 138c Abs. 1, Abs. 2 StPO ist vor Erhebung der öffentlichen Klage die Staatsanwaltschaft für die Antragstellung zuständig, die das Ermittlungsverfahren führt. Nach Erhebung der öffentlichen Klage hat das Gericht, bei dem das Verfahren anhängig ist, die Sache dem Oberlandesgericht vorzulegen. In diesen Fällen kann die Staatsanwaltschaft nicht selbst eine Vorlage bei dem Oberlandesgericht vornehmen, aber eine solche beantragen. Das Gericht, bei dem das Verfahren anhängig ist, ist verpflichtet, den Antrag der Staatsanwaltschaft ohne eigene Prüfung oder eigene Ablehnungsbefugnis dem Oberlandesgericht vorzulegen, auch wenn es die Ausschließung sachlich nicht für geboten hält.⁵³⁷ Weiter kann das Gericht selbst das Verfahren nach Anklageerhebung von Amts wegen in Gang bringen. Der Vorlagebeschluss ist dann über die Staatsanwaltschaft dem Oberlandesgericht zuzuleiten.

2. Antragsbegründung

- 499 Nach der obergerichtlichen Rechtsprechung⁵³⁸ müssen in dem Antrag, den Verteidiger von der Mitwirkung in dem Verfahren auszuschließen, diejenigen objektiven und subjektiven Tatsachen **substantiiert** dargelegt werden, die im Fall ihrer Erweislichkeit den gegen den Verteidiger erhobenen Verdacht einer nach § 138a Abs. 1 StPO zur Ausschließung führenden Handlung stützen. Eine bloße Bezugnahme auf Beiakten ist zur Begründung eines entsprechenden Vorwurfs nicht ausreichend.⁵³⁹ Die Zurückweisung eines solchen Antrags als unzulässig schließt dessen Wiederholung unter Beachtung der Darlegungspflicht nicht aus.

3. Mitteilung an den Vorstand der Rechtsanwaltskammer

- 500 Gemäß § 138c Abs. 2 S. 3 StPO ist dem Vorstand der zuständigen Rechtsanwaltskammer über die Einleitung eines Ausschließungsverfahrens Mitteilung zu machen. Dies geschieht unter Übersendung einer Abschrift des Antrages.

⁵³⁷ Vgl. *Meyer-Göfner/Schmitt* StPO § 138c Rn. 7.

⁵³⁸ Nachweise bei *Meyer-Göfner/Schmitt* StPO § 138c Rn. 9.

⁵³⁹ Vgl. KG NJW 2006, 1537.

4. Pflicht zur Bekanntgabe gegenüber dem Verteidiger

§ 138c StPO sieht nach seinem Wortlaut nicht ausdrücklich vor, dass auch dem betroffenen Verteidiger der Ausschließungsantrag bekanntzugeben ist. Dies versteht sich aber wegen des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs von selbst.⁵⁴⁰ Die Mitteilungsverpflichtung gegenüber dem Betroffenen hat das für das Ausschließungsverfahren zuständige Gericht, in der Regel das Oberlandesgericht, § 138 Abs. 1, Abs. 2 StPO, vorzunehmen.

III. Ausschlussverfahren

Der Gang des Ausschlussverfahrens ist abschließend in § 138c und § 138d StPO geregelt.

1. Eilmaßnahmen

Gemäß § 138c Abs. 3 StPO kann bereits vor der Entscheidung über den Ausschluss im Wege einer Eilmaßnahme das teilweise Ruhen von Verteidigerrechten angeordnet werden. Beschränkt ist diese Möglichkeit auf das Akteneinsichtsrecht gem. § 147 StPO und zudem auf das Recht des ungehinderten Kontaktes mit dem inhaftierten Beschuldigten gem. § 148 StPO.

Zuständig für eine Anordnung des Ruhens dieser Verteidigerrechte ist gem. § 138c Abs. 3 S. 1 StPO nach Erhebung der Anklage das Gericht, bei dem das Verfahren anhängig ist, also das vorliegende Gericht. Vor Erhebung der Anklage und nach dem rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens liegt die Entscheidungskompetenz bei dem Gericht, das gem. § 138c Abs. 1, Abs. 2 StPO für den Ausschluss des Verteidigers zuständig ist, in aller Regel also das Oberlandesgericht.

Vor einer solchen Entscheidung ist nicht nur der Staatsanwaltschaft rechtliches Gehör zu gewähren, § 33 Abs. 2 StPO. Notwendig ist auch, dass der Beschuldigte gehört wird, § 33 Abs. 3 StPO, denn die Einschränkung von Rechten des Verteidigers wirkt sich unmittelbar auch auf die Verteidigungsrechte des Beschuldigten selbst aus.⁵⁴¹ Auch dem betroffenen Verteidiger selbst muss rechtliches Gehör vor der Entscheidung eingeräumt werden, die Ausnahme einer Gefährdung der Maßnahme im Sinne des § 33 Abs. 4 StPO dürfte nur selten denkbar sein. Sollte dies dennoch einmal der Fall sein, ist das rechtliche Gehör unverzüglich nachzuholen.

⁵⁴⁰ Vgl. Meyer-Göfner/Schmitt StPO § 138c Rn. 10.

⁵⁴¹ Vgl. Meyer-Göfner/Schmitt StPO § 138c Rn. 12.

- 507-508 Nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 138c Abs. 3 S. 3 StPO ist der Beschluss, mit dem das Ruhen von Verteidigerrechten angeordnet wird, **unanfechtbar**.
- 509 Nach wohl richtiger Meinung ist in Abweichung zu § 34 StPO von einer Begründungspflicht auszugehen. Dies folgt aus der Schwere der Eingriffsmaßnahme sowohl in die Rechtsposition des Verteidigers als auch in die seines Mandanten.⁵⁴²
- 510 Die Anordnung des Ruhens von Verteidigerrechten steht im Ermessen des Gerichts. Unter Berücksichtigung der Schwere des Eingriffes und der Tatsache, dass es sich um eine vorgezogene Eilmaßnahme handelt, ist aber nur dann von einer pflichtgemäßen rechtsstaatskonformen Ermessensausübung auszugehen, wenn die Anordnung des Ruhens der Verteidigerrechte deshalb erfolgt, weil konkret zu befürchten steht, dass der Verteidiger andernfalls die zu seiner Ausschließung zwingenden unerlaubten Tätigkeiten fortführen werde.⁵⁴³ Die Anordnung muss also erforderlich sein, um einem erneuten, konkret zu befürchtenden Missbrauch vorzubeugen.
- 511 Werden bei der Anordnung des Ruhens der Verteidigungsrechte die rechtlichen Grenzen gravierend verletzt, so ist trotz des Wortlautes des § 138c Abs. 3 S. 3 StPO eine **Beschwerdemöglichkeit** zu bejahen. Hierzu gibt es keine veröfentlichte Rechtsprechung. Es liegt aber eine vergleichbare Interessenkonstellation vor wie bei anderen von der Rechtsprechung ausnahmsweise ohne gesetzliche Regelung entwickelten Beschwerdemöglichkeiten, so zB dem Beschwerderecht bei rechtsfehlerhafter Ablehnung einer Terminverschiebung.⁵⁴⁴
- 512 Wird das Ruhen von Verteidigungsrechten gemäß § 138c Abs. 3 StPO angeordnet, so ist dem Beschuldigten für die Dauer der Anordnung, dh bis zur Rechtskraft der Entscheidung über die Ausschließung zwingend ein **Pflichtverteidiger** zu bestellen, § 138c Abs. 3 S. 4 StPO. Dies gilt auch für Verfahren ohne notwendige Verteidigung und auch dann, wenn der Beschuldigte noch weitere Verteidiger hat.⁵⁴⁵
- 513 Die Bestellung des Pflichtverteidigers erfolgt nicht durch Gerichtsbeschluss, sondern durch den Vorsitzenden.⁵⁴⁶ Durch den Ver-

⁵⁴² Vgl. KK-StPO/Willnow § 138c Rn. 19; LR-StPO/Lüderssen/Jahn § 138c Rn. 30; aA Meyer-Göfner/Schmitt StPO § 138c Rn. 12.

⁵⁴³ Vgl. OLG Stuttgart AnwBl. 1975, 170; LR-StPO/Lüderssen/Jahn § 138c Rn. 25; Meyer-Göfner/Schmitt StPO § 138c Rn. 12.

⁵⁴⁴ Vgl. OLG München NSTz 1994, 451.

⁵⁴⁵ Vgl. Meyer-Göfner/Schmitt StPO § 138c Rn. 13; Lampe MDR 1975, 530.

⁵⁴⁶ Vgl. Meyer-Göfner/Schmitt StPO § 138c Rn. 13; aA KK-StPO/Willnow § 138c Rn. 17.