

Grundrechtsschutz der Strafverteidigung

Privatdozent Dr. Christoph Gusy, Hagen

Grundrechtsschutz der Strafverteidigung wird traditionell überwiegend als Grundrechtsschutz der anwaltlichen Berufstätigkeit im Strafprozeß thematisiert. Dementsprechend sind Eingriffe in die Strafverteidigung primär Eingriffe in die Grundrechte des RA¹. Demgegenüber treten die Grundrechte des Beschuldigten, Angeschuldigten oder Angekl² zumeist in den Hintergrund der Erörterungen. Dabei bezieht sich der Strafprozeß in erster Linie auf ihn: Seine Rechte sind Konstitutionsprinzipien und – jedenfalls häufig – zugleich Gegenstand des Verfahrens. Der RA bezieht seine Beteiligung und die daraus abgeleiteten Rechte am und im Verfahren ausschließlich aus dem Umstand, daß er einem Angekl beisteht³.

I. Grundlagen

Art. 6 Abs. 3 Buchst. c EMRK gewährleistet jedermann das Recht, sich selbst zu verteidigen oder den Beistand eines Verteidigers zu erhalten, wenn dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist. Dieses Recht auf einen Strafverteidiger hat allerdings in der Bundesrepublik nur den Rang eines einfachen Gesetzes. Im Grundgesetz findet sich eine ausdrückliche Bestimmung dieser Art nicht. Hier steht vielmehr der Strafprozeß – und mit ihm die Verteidigung – in einer eigenartigen Gemengelage zwischen einer Vielzahl von Verfassungsverbürgungen.

a) Einen ausdrücklichen Richtervorbehalt kennt das Grundgesetz nur für die Freiheitsentziehung (Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG). Damit kann jedenfalls eine Freiheitsstrafe nur durch ein Gericht verhängt werden. Darin erschöpft sich allerdings der Richtervorbehalt nicht. Art. 92 GG weist den Richtern „die rechtsprechende Gewalt“ zu. Ungeachtet aller Meinungsverschiedenheiten darüber, wie die „rechtsprechende Gewalt“ zu umschreiben ist, ist jedenfalls in der Rechtsprechung anerkannt: Die Ausübung der Strafgerichtsbarkeit ist originäre Rechtsprechung und unterfällt damit nach Art. 92 GG notwendig dem Richtervorbehalt⁴. So kennt das Grundgesetz jedenfalls implizit eine ausschließliche Kompetenzzuweisung der Strafjustiz an die Gerichte; und zwar unabhängig von der Art der zu verhängenden Strafe. Ohne Gericht kein Strafverfahren – so gestaltet Art. 92 GG zwingend die Kompetenzordnung, die durch Gesetz nicht entziehbar ist. Eine Strafe, die von einer anderen Stelle als einem Gericht verhängt worden wäre, wäre verfassungswidrig.

b) Gerichtliche Verfahren sich nach dem Grundgesetz keineswegs beliebig auszugestalten. Insoweit hält das Verfassungsrecht eine Fülle von Justizgrundrechten bereit. Von zentraler Bedeutung ist das Grundrecht auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG), das jedermann „vor Gericht“ zusteht⁵. Es verbürgt das Recht, zu allen in einem Prozeß relevanten Tatsachen- und Rechtsfragen Stellung nehmen zu können. Diese Stellungnahmen sind vom Gericht zur Kenntnis zu nehmen, zu würdigen und zu berücksichtigen. Sinnvoll ist ein derartiges Recht vielfach nur, wenn der Betroffene einen Anwalt zuziehen kann. So wird die Strafverteidigung geradezu zu einem notwendigen Instrument, um dem rechtlichen Gehör erst praktische Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit zu verleihen. Desungeachtet hat das BVerfG entschieden, daß Art. 103 Abs. 1 GG weder die Institution der Rechtsanwaltschaft noch die freie Anwaltswahl verbürge⁶. Allerdings ist die Möglichkeit, überhaupt einen Anwalt beiziehen zu können, eine notwendige Komplementärgarantie zur Verwirklichung des rechtlichen Gehörs. Ohne Anwalt ist jedenfalls für die Mehrzahl der Angekl der Grundrechtsschutz des Art. 103 Abs. 1 GG nachgerade illusorisch. Soll tatsächlich gesichert werden, daß der Angekl nicht bloßes Objekt, sondern – auch – Subjekt des Verfahrens ist, so ist damit jedenfalls ein völliger Verzicht auf die Möglichkeit der Beiziehung eines Verteidigers nicht zu vereinbaren. Zwar mag dies allein noch nicht die Existenz der Anwaltschaft oder die freie Anwaltswahl begründen; wer hingegen dem Angekl den Verteidiger vollständig versagt, versagt ihm regelmäßig zugleich das rechtliche Gehör.

1 Siehe etwa BVerfGE 16, 214 ff; 22, 114 (118 ff); 28, 21 (28 ff); W. Beulke, Der Verteidiger im Strafverfahren, 1980.

2 Wenn im folgenden von „Angekl“ gesprochen wird, so ist damit keine Begrenzung auf das Hauptverfahren nach Anklageerhebung gemeint. Da jedoch das Hauptverfahren das Kernstück des Strafprozesses darstellt, so wird dieses den Schwerpunkt der Erörterung bilden.

3 Ansätze hierzu bei F. Rissel, Die verfassungsrechtliche Stellung des RA, insbesondere in seiner Funktion als Verteidiger im Strafverfahren, Diss. Marburg 1980, insbes. S. 104 ff.

4 BVerfGE 22, 49 (78, 80); 125 (130); s. auch E 8, 197 (207); 12, 264 (274); 21, 139 (144); 22, 49 (77 f); 311 (317).

5 Hierzu H. Rüping, Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs und seine Bedeutung im Strafverfahren, 1976, insbes. S. 101 ff; F. O. Kopp, AöR 81, 604 ff.

6 BVerfGE 9, 124 (132); 31, 306 (308).



c) Hinzu tritt im Strafverfahren in charakteristischer Weise die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG⁷. Diese nimmt dabei eine eigenartige Doppelstellung ein: Die Rechtsschutzgarantie richtet sich gegen Akte der öffentlichen Gewalt. Darunter versteht das BVerfG die Exekutive, nicht hingegen die Gerichte. Art 19 Abs. 4 GG gewährleistet demnach Rechtsschutz durch die Gerichte, nicht gegen die Gerichte⁸. Das übliche Modell des Rechtsschutzes ist somit die Trennung zwischen eingreifender Behörde und rechtsschutzsicherndem Gericht. Diese Funktionen fallen jedoch im Strafprozeß zusammen: Hier sind sanktionierende Eingriffe und Rechtszug, eingreifende und schützende Instanz jeweils identisch. Im Strafprozeß muß somit das Gerichtsverfahren zugleich die Rechtsschutzfunktion übernehmen, die ansonsten in einem getrennten, justiziellen Verfahren verwirklicht würde. Ein solcher Befund ist für die Ausgestaltung des Verfahrensrechts nicht ohne Belang, da hier ein aus Art. 19 Abs. 4 GG hergeleiteter Grundsatz Bedeutung erlangt: die Effektivität des Rechtsschutzes. Dazu zählt insbesondere, daß der Prozeß nicht nur eine formale Legitimations- und Verfahrensinstanz ist, sondern zumindest die Möglichkeit einer wirkungsvollen Rechtsdurchsetzung zugunsten des Betroffenen ermöglicht. Aufgabe des Strafverfahrens ist zugleich antizipierter, effektiver Rechtsschutz gegen staatliche Strafsanktionen. Die Rechtsschutzgarantie prägt so den Strafprozeß notwendig mit. Das gilt um so mehr, als gegen den Eingriff, den ein Strafurteil mit sich bringt, oft nur noch eingeschränkter Rechtsschutz zulässig ist: Art. 19 Abs. 4 GG garantiert keinen Instanzenzug⁹.

d) Hinzu tritt im Strafprozeß der Grundsatz der „Waffengleichheit“ von Ankläger und Angekl¹⁰. Diesen leitet das BVerfG aus dem Recht auf ein faires Strafverfahren ab, das seinerseits seine Grundlage in Art. 1, 2 Abs. 2 GG und dem Rechtsstaatsprinzip haben soll. Ist demnach die Anklage durch einen sach- und rechtskundigen Vertreter der StA im Prozeß beteiligt, so muß dem Angekl zumindest das Recht zukommen, sich gleichfalls eines sach- und rechtskundigen Verteidigers zu bedienen. Andernfalls wäre Waffengleichheit nicht einmal ansatzweise gewahrt.

Ob hierzu allerdings tatsächlich Deduktionen aus dem ohnehin explizit im Grundgesetz nicht thematisierten Rechtsstaatsprinzip erforderlich sind, erscheint überaus zweifelhaft. Dessen Inhalt ist gerade im Strafprozeß keineswegs eindeutig und vielfach geradezu antinomisch, so daß es nahezu beliebige Deduktionen und Anwendungsmöglichkeiten eröffnet. Dementsprechend ist sein normativer Gehalt denkbar gering und reduziert sich im Zweifel auf eine Kernbereichsgarantie, die selbst schwerwiegendste Beeinträchtigungen zuläßt¹¹. Dementsprechend ist auch der Garantiegehalt dieses Prinzips minimal. Zudem ist die Heranziehung solcher allgemeiner, ungeschriebener Prinzipien jedenfalls dann wenig sinnvoll, wenn einschlägige Verfassungsrechtssätze vorhanden sind, welche die jeweilige Materie eindeutig und nachvollziehbar regeln. Dies sind für den Grundrechtsschutz der Strafverteidigung die Verbürgungen aus Art. 103 Abs. 1, 19 Abs. 4 GG. Sie geben den anwendbaren Prüfungsmaßstab ab und machen daher allgemeine Leitprinzipien entbehrlich. Sie gestalten die Rechtsstellung des Angekl im Strafprozeß in dem Sinne, daß der völlige Ausschluß der Möglichkeit, einen Verteidiger herbeizuziehen, verfassungswidrig wäre. Damit gewährleisten sie grundsätzlich das Recht auf einen Verteidiger. Die Dimensionen dieses Rechts und seine Grenzen sind allerdings systematisch wenig geklärt.

II. Das Recht auf einen Verteidiger

Grundrechtsschutz der Strafverteidigung besagt notwendig lediglich, daß der Angekl überhaupt einen Verteidiger beauftragen darf. Darin erschöpft sich allerdings die Garantie nicht. Deutlich zeigt dies erneut ein Blick in Art. 6 Abs. 3 Buchst. c EMRK: Danach hat der Angekl das Recht, seinen Anwalt frei zu wählen und – im Falle seiner Mittellosigkeit – auf Kostenübernahme durch den Staat.

1. Freie Anwaltswahl

a) Der Grundsatz der freien Anwaltswahl ist in § 137 Abs. 1 Satz 1 StPO niedergelegt. Er umfaßt sowohl das Recht, überhaupt einen Anwalt beizuziehen, als auch die Freiheit, selbst zu entscheiden, welcher Anwalt die Vertretung übernehmen soll. Die gesetzlichen Anforderungen an den Verteidiger sind in § 138 StPO festgelegt.

Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist anerkannt, daß dieser Grundsatz in der Bundesrepublik Verfassungsrang genießt¹². Danach bedingt ein faires Verfahren die freie Wahl des Strafverteidigers. Erst dies sichert das notwendige Vertrauen zwischen Wahlverteidiger und Mandanten: Kann effektive Verteidigung prinzipiell nur durch einen Anwalt gesichert werden, dem der Angekl in vollem Umfang vertraut, so ist sein Recht, einen Anwalt seines Vertrauens zu beauftragen, grundrechtlich geschützt. Dies gilt nicht nur in der Hauptverhandlung, sondern auch schon während der Vorermittlung.

Die freie Anwaltswahl gilt jedoch nicht uneingeschränkt¹³. Die Restriktionen, welche erst in jüngerer Zeit eingeführt sind, stellen zugleich gravierende Krisensymptome des Strafprozesses und des Strafprozeßrechts dar. Sie sind unter dem Eindruck einiger weniger Strafprozesse geschaffen worden, gelten allerdings seitdem für jedes Strafverfahren.

b) § 137 Abs. 1 Satz 2 StPO begrenzt die Zahl der Wahlverteidiger auf drei. Dies gilt für jeden einzelnen Angekl: Mehr als drei Anwälte darf niemand von ihnen beauftragen. Die Begrenzung ist unabhängig von dem Gegenstand des Strafvorwurfs und der jeweiligen Verfahrensart¹⁴. Beauftragt ein Angekl mehr als drei Verteidiger, so sind die übrigen zurückzuweisen.

Das BVerfG hat diese Einschränkung für zulässig erachtet¹⁵. Danach verbürgt das Recht auf freie Anwaltswahl nicht das Recht, mehr als drei Verteidiger zu beauftragen. Dabei ist durch die Begrenzung „das schutzwürdige Interesse des Beschuldigten an umfassender Verteidigung mit den unabwiesbaren Bedürfnissen der Sicherung des Verfahrensablaufs zu einem angemessenen Ausgleich“ gebracht. Jenem Argument liegt der Gedanke zugrunde, daß Verteidigungsinteressen des Angekl einerseits und die Be-

7 Eingehend dazu D. Lorenz, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, 1973, insbes. S. 127 ff.

8 BVerfGE 15, 275 (280); s. auch E 11, 263 (265); 22, 106 (110); 25, 352 (365); 49, 329 (340).

9 BVerfGE 11, 232 (233); s. auch E 4, 60 (94 f.); 6, 12; 8, 174 (180); 28, 36; 35, 263 (271); 40, 272 (274); 41, 23 (26); 45, 363 (375); 49, 329 (340); 54, 143.

10 Dazu grundlegend BVerfGE 38, 105 (111); abgelehnt aber wohl durch BVerfGE JZ 83, 439; ferner G. Kohlmann, FS K. Peters, 1974, S. 311; H. Rüping, JZ 83, 663 ff.; J. Schulz in diesem Band.

11 Vgl. BVerfGE 30, 1 (24).

12 BVerfGE 22, 49 (71); 34, 293 (302); 38, 105 (111 f.); 39, 156 (163).

13 Über Einschränkungen bei der Wahl des Pflichtverteidigers s. II 2.

14 Zu ihrer Geltung für Wirtschaftsstrafsachen und im Bußgeldverfahren s. BVerfGE 45, 272 ff.

15 BVerfGE 39, 156 (162 f.); im Ergebnis zustimmend H. Dünnebieber, NJW 76, 1 ff.; kritisch H. W. Schmidt, MDR 77, 529 ff.; E. Schmidt-Leichner, NJW 75, 417 ff.; H. Dabs, NJW 75, 1385 ff.



dürfnisse nach Absicherung des Verfahrensablaufs in einem letztlich nicht überwindbaren, sondern im Kompromißwege ausgleichbaren Gegensatz stehen. Möglicherweise ist „der Verfahrensablauf“ tatsächlich dann am besten gesichert, wenn überhaupt keine Verteidigung stattfinden würde; allein: wäre dieses noch ein rechtsstaatliches Verfahren? Demgegenüber wird eingewandt, daß einzelne Angekl in sog. „Terroristenprozessen“ mit 50 oder mehr Anwälten das Verfahren tatsächlich lahmlegen wollten. Stehen dem regelmäßig bereits finanzielle Grenzen entgegen – welcher Angekl kann sich schon eine derartige Zahl von Anwälten leisten? –, so ist zudem offen, ob derartige Einzelfälle eine so weitreichende Einschränkung der freien Verteidigerwahl rechtfertigen können. Das gilt erst recht in Fällen, in welchen das Verfahren tatsächlich oder rechtlich besonders kompliziert ist oder aber die StA mit mehr als drei Vertretern auftritt.

So bedenklich die Vorschrift daher sein mag: der Grundrechtsschutz der Strafverteidigung wird durch die Regelung nicht so weitgehend relativiert, daß hier der Betroffene faktisch schutzlos gestellt würde. Insoweit ist die freie Anwaltswahl gesetzlicher Regelung zugänglich, da hier nicht das rechtliche Gehör in unverhältnismäßiger Weise beeinträchtigt wird.

c) Die freie Anwaltswahl wird auch durch § 146 StPO eingeschränkt. Danach ist die Verteidigung mehrerer Beschuldigter durch einen gemeinschaftlichen Verteidiger unzulässig. Demgegenüber war früher die gemeinschaftliche Verteidigung erlaubt, sofern nicht die Aufgabe der Verteidigung dem im Einzelfalle entgegenstand. Durch den Ausschluß sollen Interessenkollisionen zwischen der Wahrnehmung mehrerer Mandate in einem Prozeß vermieden werden: Der Anwalt soll nicht in die Zwangslage geraten, bei der Wahrnehmung der Interessen eines Mandanten gegen die Belange eines anderen Mandanten zu agieren. Während hier früher die gemeinschaftliche Verteidigung nur unzulässig war, wenn eine solche Interessenkollision im Einzelfall tatsächlich zu befürchten war, so wird nunmehr für jeden Prozeß die Interessenkollision unwiderleglich vermutet. Diese Vermutung – und damit die Auslegung des Verbots der gemeinschaftlichen Verteidigung – reicht sehr weit: Voraussetzung der Anwendung des § 146 StPO ist nicht, daß ein Interessenkonflikt tatsächlich zu erwarten ist¹⁶. Das gilt auch dann, wenn gegen „mehrere Beschuldigte“ wegen eines Tatvorwurfs nicht in einem, sondern in mehreren Parallelverfahren verhandelt wird¹⁷; ferner dann, wenn eines dieser Verfahren vor Eröffnung des anderen bereits abgeschlossen war, und zwar selbst bei einem Freispruch im ersten Verfahren¹⁸; wenn das Verfahren gegen einen möglichen Mittäter bereits von der StA mangels Tatverdachts eingestellt worden ist¹⁹; wenn das frühere Verfahren wegen Geringfügigkeit eingestellt wurde²⁰; wenn das erste Mandat niedergelegt worden ist²¹ oder die Mitwirkung im ersten Verfahren sehr geringfügig war²². Die Auslegung des Begriffs „mehrere Beschuldigte“ wird somit auf den Tatvorwurf, nicht auf das jeweilige Straf- oder Vorverfahren bezogen. Sofern nur ein Tatvorwurf gemeinschaftlich ist, kann somit selbst die endgültige, unaufhebbare Beendigung des ersten Verfahrens keine Möglichkeit der Verteidigung eines anderen Beschuldigten in einem anderen Verfahren begründen.

Das BVerfG hat auch diese Restriktion für zulässig gehalten²³. Danach kann ein Anwalt seiner Aufgabe nur nachkommen, wenn er nicht in die Gefahr einer Interessenkollision gerät. Eine solche Gefahr läßt sich in keinem Fall ausschließen. Gegen derartige Gefahren bietet danach die

gesetzliche Neuregelung einen „vollständigen Schutz“, der schon deshalb der früheren Fassung vorzuziehen sei. Dies gilt ungeachtet des vom BVerfG erkannten gesetzlichen Widerspruchs, wonach die Begrenzung der Anzahl der Wahlverteidiger auf drei im Interesse der „Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege“ die Zahl der beteiligten Anwälte senken soll, während umgekehrt das Verbot der gemeinschaftlichen Verteidigung eben deren Zahl erhöht²⁴. Eingeschränkt wurde allerdings der Anwendungsbereich des § 146 StPO dadurch, daß verschiedene Beschuldigte durch verschiedene Mitglieder einer Sozietät verteidigt werden dürfen: mehrere Sozii, die intern ihre Aufgaben teilen, gelten nicht als „gemeinschaftliche Verteidigung“²⁵. Der Grund dafür wurde allerdings nicht in der fehlenden Möglichkeit einer Interessenkollision, sondern in einem übermäßigen Eingriff in die anwaltliche Berufsfreiheit gesehen.

Restriktive Auslegung zur Grundrechtsverwirklichung und -sicherung ist daher vom BVerfG ausdrücklich geboten. Dies gilt um so mehr, als das Verbot der gemeinschaftlichen Verteidigung zu erheblichen Beeinträchtigung der Rechte der Angekl führen kann. Hierzu zählt zunächst der Fall, wenn ein Angekl keinen geeigneten Verteidiger mehr finden kann, weil wegen der vielfältigen zusammenhängenden Tatkomplexe und Prozesse bereits alle geeigneten Anwälte andere Betroffene verteidigt haben. Solche Fälle treten in speziellen Materien (Kartellsachen, Patentstrafrecht) relativ schnell ein. Aber auch in Terrorismusprozessen vor Berliner Gerichten war es zeitweilig nicht mehr möglich, einheimische Anwälte zu gewinnen: sie waren sämtlich schon für andere Angekl tätig gewesen. Hierdurch wird das Recht auf einen Anwalt elementar beeinträchtigt. Ferner ist in verzweigten Tatkomplexen jeder Anwalt eines Beschuldigten genötigt, sich neu in die schwierigen Sachfragen einzuarbeiten. Dadurch gerät die Verteidigung in Nachteil gegenüber der Anklagevertretung, die in allen Fällen dieselben Sachbearbeiter benennen kann. So wird die Waffengleichheit im Prozeß beeinträchtigt.

Der Grund dieser Unzutraglichkeiten liegt darin, daß die Auslegung des § 146 StPO in der Praxis über denjenigen Zweck hinauschießt, der ihm zukommen soll. Ungeachtet des abstrakten Wortlautes ist es Zweck der Vorschrift, Interessenkollisionen zu vermeiden. Diesem Zweck wird eine Auslegung nicht gerecht, welche eindeutig auch solche Fälle unter den Anwendungsbereich des § 146 StPO subsumiert, in welchen eine derartige Kollision von vornherein ausgeschlossen ist. Hier enthält § 146 StPO zwei Voraussetzungen: das Gemeinschaftliche des Vorwurfs und das Gemeinschaftliche der Verteidigung. Nur wenn beide vorliegen, ist der Ausschluß zulässig. Gemeinschaftlich ist

16 BGHSt 26, 367; OLG Düsseldorf AnwBl 81, 23; OLG Frankfurt NJW 80, 898.

17 BGHSt 27, 153.

18 BGHSt 26, 370; BGH NJW 78, 384; OLG München NJW 76, 252; anders nur, wenn der früher Beschuldigte verstorben ist, s. BGHSt 27, 315; OLG Hamm MDR 77, 1083.

19 BGH MSzZ 81, 95; Strafverteidiger 81, 117.

20 OLG Koblenz NJW 78, 2608.

21 BGHSt 27, 154.

22 BGHSt 28, 67.

23 BVerfGE 39, 156 (164 ff.); s. auch E 39, 205 ff.; 45, 272 (287 ff.); BVerfG NJW 77, 800 f.; BVerfG NSzZ 82, 294; zustimmend L. Martin, FS E. Dreher 1977, 647 ff.; H. H. Jeschek, FS E. Dreher, 1977, S. 783 ff.; H. W. Schmidt, aaO (Fn. 15); K. Rebmann, NSzZ 81, 41 ff.; kritisch A. Krämer, NJW 76, 1664 ff.; R. Zuck, NJW 79, 1124; H. Dals, ZRP 77, 164 ff.

24 BVerfGE 45, 272 (294 f.).

25 BVerfGE 43, 79 (88 ff.).



jedoch die Verteidigung dann nicht, wenn der Auftrag für einen Mandanten bereits abgewickelt ist, bevor ein anderer beginnt. Das gilt auch dann, wenn die konkrete Tätigkeit für einen Mandanten erst beginnt, nachdem die andere endete. „Nachwirkende Treuepflichten“ begründen keine gemeinschaftliche Verteidigung. Vielmehr müssen zu den Elementen des gemeinschaftlichen Tatvorwurfs weitere Elemente hinzukommen, welche positiv die Gemeinschaftlichkeit der Verteidigung begründen. Wird gegen Mandanten in verschiedenen Verfahren verhandelt, so müssen demnach positive Indizien hinzutreten, welche die Gemeinschaftlichkeit der Verteidigung begründen. Ist ein Verfahren rechtskräftig abgeschlossen, kann in einem späteren Prozeß im Verhältnis zum abgeschlossenen keine „gemeinschaftliche“ Verteidigung mehr stattfinden. Hier können nur konkrete Interessenkollisionen einen Verteidigerausschluß rechtfertigen²⁶. Das gilt jedoch nicht wegen der bloß abstrakten Vermutung, im früheren Fall könnte ein Wiederaufnahmeverfahren durchgeführt werden²⁷.

Eine derartige Korrektur der Gesetzesauslegung ist durch den Grundrechtsschutz der Strafverteidigung zwingend geboten. Zu dessen Einschränkung bedarf es einer gesetzlichen Grundlage, welche ihrerseits einen legitimen öffentlichen Zweck verwirklicht. Dieser darf zwar auch ein abstrakter sein oder abstrakte Gefahrensituationen ausräumen. Die bloße Vermutung entgegenstehender öffentlicher Interessen reicht allerdings nicht aus. Das gilt um so mehr, als hier der Wortlaut des § 146 StPO durch Auslegung erweitert wird. Andernfalls verstößt die Interpretation jener Bestimmung gegen das Übermaßverbot, das auch für den Grundrechtsschutz der Strafverteidigung gilt.

2. Beiordnung eines Pflichtverteidigers

Die Beiordnung eines Pflichtverteidigers ist in Art. 2 Abs. 3 Buchst. c EMRK ausdrücklich erwähnt. Danach hat der Angekl das Recht auf den Beistand eines unentgeltlichen Pflichtverteidigers, falls er nicht über die Mittel zur Bezahlung eines eigenen Anwalts verfügt. §§ 140 ff StPO konkretisieren diese Grundsätze in drei Dimensionen:

- Sie bestimmen, unter welchen Voraussetzungen überhaupt ein Anwalt zwingend erforderlich ist (§ 140 StPO);
- sie bestimmen, unter welchen Voraussetzungen der beigeordnete RA kostenlos tätig wird (§ 140 StPO i. V. m. §§ 87 ff BRAGeBO);
- sie regeln die Auswahl des Pflichtverteidigers (§ 141 StPO).

a) Das BVerfG begreift den Anspruch auf einen Pflichtverteidiger als eine „Ausprägung des Rechts auf ein faires Strafverfahren“²⁸. Diesem Grundsatz ist genügt, wenn der Angekl das Recht hatte, sich einen Wahlverteidiger zu nehmen. Erst wenn dies nicht möglich ist, ist die Bestellung eines Pflichtverteidigers in Betracht zu ziehen. Damit geht das Gericht von der Subsidiarität der Pflichtverteidigung gegenüber der Wahlverteidigung aus²⁹. Die Voraussetzungen der Pflichtverteidigung umreißt das BVerfG durch die – Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage, wenn der Angekl nicht in der Lage ist, sich selbst zu verteidigen; – den „schwerwiegenden Fall“, wenn zudem der Angekl die Kosten der Verteidigung nicht selbst tragen kann³⁰; – „rechtsstaatliche Unverzichtbarkeit“ aus sonstigen Gründen.

Im Lichte dieser Grundsätze legt das Gericht die vorhandenen Beiordnungstatbestände des § 140 StPO weit aus. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Verteidigung

aus tatsächlichen Gründen erschwert ist³¹, weil der Angekl sich in Strafhafte befindet. Der Beiordnungsanspruch gilt nicht nur in der ersten Instanz, sondern auch im Rechtsmittelzug³². Er erstreckt sich im Falle „schwieriger Rechtsfragen“ auch auf ein Vorlageverfahren zum BVerfG nach Art. 100 Abs. 1 GG im Rahmen eines Strafprozesses³³. Außerordentlich zurückhaltend ist das Gericht hingegen bei der Beiordnung eines Pflichtverteidigers im Privatklageverfahren nach §§ 374 ff StPO. Hier neigt das BVerfG dazu, die Verantwortung für die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens ausschließlich dem Gericht zuzuweisen³⁴. Dabei gibt das Gericht sogar den Grundsatz der „Waffengleichheit“, den es grundsätzlich für den Strafprozeß bejaht hat³⁵, auf³⁶, da dieser dem Zivilprozeßrecht entlehnte Gedanke auf den Strafprozeß nicht anwendbar sei. So soll etwa die Beiordnung eines Pflichtverteidigers selbst dann nicht geboten sein, wenn der Privatkläger durch einen Anwalt vertreten ist³⁶. Damit ist der Gleichheitsgedanke tatsächlich überschritten. Der Grund dieser Zurückhaltung liegt darin, daß das Privatklageverfahren keine besonderen rechtlichen Schwierigkeiten aufweist, daß es überwiegend der Aburteilung von Kleinkriminalität dient. Darauf bleibt jener Grundgedanke aber auch beschränkt. Für schwierigere Verfahren ist auch im Privatklageverfahren ein Pflichtverteidiger zu bestellen; im einfachen hingegen auch dann nicht, wenn dadurch die Gleichheit beider Seiten beeinträchtigt ist.

b) Bei der Auswahl des Pflichtverteidigers treffen zwei Rechtspositionen zusammen: das Recht auf einen Pflichtverteidiger einerseits und das Recht auf freie Anwaltswahl andererseits. § 142 StPO sieht vor, daß der Pflichtverteidiger aus der Zahl der bei einem Gericht des Gerichtsbezirks zugelassenen RAe auszuwählen sei. Die Anwaltswahl des Angekl wird demgegenüber nicht erwähnt. Jene Abwägung hat das BVerfG für zulässig erklärt³⁷. Die Bestellung des Pflichtverteidigers ist danach ein Akt staatlicher Fürsorge. Die freie Anwaltswahl bezieht sich dagegen nur auf den Wahlverteidiger, nicht hingegen auf den Pflichtverteidiger. Bei der Auswahl des Pflichtverteidigers soll nur auf die Wünsche des Angekl „Rücksicht genommen werden“. Ein Recht auf freie Auswahl des Pflichtverteidigers gibt es demnach nicht; ein Pflichtverteidiger kann auch gegen den ausdrücklichen Willen des Angekl bestellt werden. Eine solche Praxis ist allerdings nur in engen verfassungsrechtlichen Grenzen zulässig. Jeder Verteidiger – und zwar unabhängig davon, ob er Wahl- oder Pflichtverteidiger ist – nimmt im Prozeß die grundrechtlich geschützten Interessen des Angekl wahr. Dazu ist er allerdings lediglich in der Lage, wenn er in hinreichendem Maße das Vertrauen des Mandanten genießt. Gegen den Willen des Angekl kann ein Pflichtverteidiger dessen Interessen kaum sinnvoll wahrnehmen. Das gilt jedenfalls, solange und soweit das

26 Solche lagen insbesondere in BVerfG NSz 82, 294 vor.

27 So aber BVerfG NJW 77, 800 f, das allerdings maßgeblich auf die „nachwirkende Treuepflicht“ abstellt.

28 BVerfG JZ 83, 438.

29 BVerfGE 39, 238 (243).

30 BVerfGE 39, 238 (243); 46, 202 (210 f).

31 BVerfGE 40, 1 (4 f); 106 (108 f).

32 BVerfGE 46, 202 (209 ff).

33 BVerfGE 25, 295 (296); anders noch BVerfGE 1, 108 f.

34 BVerfGE 56, 185 (186 f).

35 S. o. I.

36 BVerfG JZ 83, 438 f.

37 BVerfGE 9, 36 (38 f); dazu eingehend auch Beulke, aaO (Fn. 1), S. 239 ff.



fehlende Vertrauen die Zusammenarbeit zwischen Anwalt und Mandant beeinträchtigt. Den verfassungsrechtlichen Anforderungen wird hier lediglich eine solche Auslegung des § 142 StPO gerecht, nach welcher

– unter den ortsansässigen RAen dem Angekl das Wahlrecht zukommt;

– jedenfalls in begründeten Fällen (frühere Zusammenarbeit, besondere Sachkunde des RA, Zusammenhang mit auswärtigen Prozessen) ein anderer als ein ortsansässiger Pflichtverteidiger beigeordnet wird.

c) Pflichtverteidigung ist grundsätzlich unabhängig davon, ob der Angekl die Kosten tragen kann oder nicht. Grundsätzlich fallen die Kosten dem Mandanten selbst zur Last. Ein Anspruch auf Kostenübernahme gegen den Staat entsteht unter zwei Voraussetzungen: die Mitwirkung des Pflichtverteidigers ist rechtlich geboten und der Angekl ist nicht in der Lage, die Kosten selbst zu tragen³⁸. Damit soll sichergestellt werden, daß die Einschaltung eines Verteidigers nicht an der wirtschaftlich schwachen Stellung des Angekl scheitert. Dies gilt für alle Instanzen des Rechtszuges³⁹. Neben der Subsidiarität der Pflicht- gegenüber der Wahlverteidigung ist so auch die Subsidiarität der staatlichen Kostentragungspflicht gegenüber der Gebührenpflicht des Mandanten statuiert. Anwalt und Anwaltskosten sind insoweit staatliche Fürsorgeleistungen, die eigene Mittel nicht ersetzen, sondern nur ergänzen können. Dementsprechend entsteht ein Kostenerstattungsanspruch auch dann nicht, wenn der RA in eigener Sache tätig geworden ist⁴⁰.

d) Im Ergebnis ist somit nur das Recht auf Beiziehung eines Anwalts grundrechtlich geschützt. Dies umfaßt grundsätzlich die freie Anwaltswahl. Ein Recht auf Beiordnung eines Verteidigers gegen den Staat besteht grundsätzlich nur unter der Voraussetzung, daß ein besonderes, rechtlich anerkanntes Bedürfnis nach Beiziehung eines Verteidigers erkennbar ist. Die Kosten hat der Angekl grundsätzlich selbst zu tragen, sofern ihm nicht aus sozialen Gründen ein kostenloser Anwalt gewährt wird. Grundrechtsschutz der Strafverteidigung ist so grundsätzlich kein Recht auf einen Anwalt, sondern nur das Recht auf Einschaltung eines eigenen Anwalts. Leistungsansprüche entstehen nur subsidiär in besonderen Härtefällen.

III. Das Rechtsverhältnis zwischen Angekl und Strafverteidiger

Grundrechtsschutz der Strafverteidigung kann sich in der Wahl des Verteidigers allein nicht erschöpfen. Vielmehr findet die Anwaltswahl ihren Sinn gerade in jener Tätigkeit, für welche der Verteidiger ausgewählt worden ist. Hier sind die Rechtsbeziehungen zwischen Angekl und Verteidiger nach der Auswahl maßgeblich.

1. Das Recht auf Kontakt zum eigenen Anwalt

a) Nach § 148 Abs. 1 StPO ist dem Angekl schriftlicher und mündlicher Verkehr mit seinem Anwalt jederzeit gestattet. Unproblematisch ist dies, solange sich der Angekl auf freiem Fuß befindet. Ist er hingegen in Untersuchungshaft, so ist der Kontakt zum Anwalt nur gewährt, wenn dem Verteidiger ein Besuchsrecht zusteht. Ein solches

Besuchsrecht ist dem § 148 Abs. 1 StPO ebenso zu entnehmen wie das Recht des Untersuchungshäftlings auf Absendung und Empfang von Verteidigerpost. Dementsprechend sind gem. § 26 Satz 1 StVollzG Besuche von Verteidigern zu gestatten.

Von diesem Recht besteht jedoch die Ausnahme des § 31 EGGVG im Falle der „Kontaktsperre“. Danach ist für Personen, die wegen terroristischer Straftaten in Untersuchungs- oder Strafhaft festgehalten werden, eine vollständige Unterbrechung des Kontakts zur Außenwelt zulässig, sofern dies durch eine gegenwärtige Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit gefordert ist. Ausdrücklich bezieht sich die Kontaktsperre auch auf den schriftlichen und mündlichen Verkehr mit dem Verteidiger. Einzelne Maßnahmen gegen den Häftling sind in solchen Fällen ausnahmsweise auch ohne Anwesenheit des Verteidigers zulässig (§ 34 Nrn. 4, 5, 8 EGGVG). Die Feststellung der Kontaktsperre ist ohne richterliche Mitwirkung möglich.

Diese ungewöhnlich schwere Beeinträchtigung stellt den völligen Ausschluß des Rechts auf Kontakt zum eigenen Verteidiger dar. Sie ist aus und in einer vereinzelter Situation, die bestimmt war durch das gleichzeitige Zusammentreffen (1) terroristischer Aktivitäten, derer die Staatsorgane nicht Herr werden konnten, (2) der Inhaftierung der führenden Terroristen, (3) den Verdacht gegen einige ihrer Anwälte auf Mitwirkung an terroristischen Straftaten, (4) die Entführung eines Politikers und (5) eines Flugzeugs durch andere Mitglieder derselben Gruppen entstanden. Hatte der BGH die Kontaktsperre schon damals ohne gesetzliche Grundlage durch einen notstandsähnlichen Zustand gerechtfertigt⁴¹, so blieb erst recht die Frage umstritten, ob aus einer solchen Situation eine allgemeine gesetzliche Einschränkung der Rechte aller Angekl sinnvoll und zulässig sein könne.⁴²

b) Das BVerfG hatte sich an zwei Verfahren mit der Verfassungsmäßigkeit der Kontaktsperre auseinanderzusetzen.

Die erste Entscheidung stand ganz unter dem Eindruck der aktuellen politischen Ereignisse⁴³, welche ihrerseits erst die Einführung des § 31 EGGVG veranlaßt hatten. Der damals entführte – und später ermordete – Politiker sollte nur im Austausch gegen einige Häftlinge freigelassen werden, von denen einer zugleich Antragsteller in diesem Verfahren war. Dabei ging das BVerfG ebenso wie die Vorinstanz davon aus, daß zumindest die Wahrscheinlichkeit bestand, wonach einzelne Anwälte Kontakte zwischen den Häftlingen und den Entführern vermitteln. Da aber einerseits unklar war, welche Verteidiger dies sein könnten und welcher Art die Informationen waren, andererseits aber auch deutlich schien, daß solche Informationen die Bemühungen um die Freilassung jenes Politikers beeinträchtigen konnten, hatte das Gericht nur die abstrakte Wahl zwischen den Rechten der Untersuchungshäftlinge einerseits und den Bemühungen um das Leben des Politikers andererseits. Da hier kein Mittelweg erkennbar war, kam nur eine abstrakte Abwägung in Betracht. Angesichts der massiven Gefährdung des Lebens des Ent-

³⁸ Seit BVerfGE 2, 336 (339 ff).

³⁹ BVerfGE 46, 202 (209 ff); s. zu einem Sonderfall BVerfGE 38, 105 (111).

⁴⁰ BVerfGE 33, 207 (211 ff).

⁴¹ BGH NJW 77, 2172.

⁴² S. grundsätzlich insbesondere K. Amelung, NJW 77, 833 ff; M. Schröder, AöR 78, 121; E. W. Böckenförde, NJW 78, 881 ff; ders., FS M. Hirsch, 1981, S. 259 ff.

⁴³ BVerfGE 46, 1 (11 ff); die Entscheidung ging gut zehn Tage nach der bislang einzigen Verhängung der Kontaktsperre.



fürten und der Schutzpflicht des Staates für ihn⁴⁴ wurde die vorübergehende Kontaktsperre für zulässig erachtet.

Die zweite Entscheidung⁴⁵ sah sich dieser konkreten Situation nicht mehr gegenüber. Deutlicher als die erste arbeitete sie die grundrechtliche Problematik heraus, kam allerdings zu der Ansicht, die gesetzliche Regelung insgesamt sei verfassungsgemäß. Dabei geht sie von der Notwendigkeit der Kontaktsperre in einzelnen Fällen aus, zu deren Herleitung sie allerdings auf eine nicht veröffentlichte Antragschrift des Bundesministers der Justiz verweist⁴⁶. Dieser bislang einmalige Fall einer Entscheidungsbegründung läßt alle Maßstäbe vermissen, welche das BVerfG sonst bei der Prüfung von Tatsachen und Prognosen selbst verwendet⁴⁷. Hier ist die Begründung eben nicht gegeben, sondern verweigert. Im übrigen sei die Kontaktsperre wegen der verfahrensmäßigen Vorkehrungen im EGGVG verfassungsgemäß.

Daß die Kontaktsperre damals nahezu unvermeidlich war, ist kaum umstritten. Problematisch ist hingegen, inwieweit sie als allgemeine gesetzliche Regelung über jenen Einzelfall hinaus vor dem Grundgesetz Bestand haben kann. Insbesondere ist ihre Erforderlichkeit umstritten, da für die Normalität, in welcher Gesetze gelten sollen, genügend Mittel bereit stehen, um den in § 31 EGGVG umschriebenen Gefahren vorzubeugen.

Gegen Anwälte, die sich der Beteiligung an Straftaten ihrer Mandanten verdächtig machen, können Maßnahmen bis zum Ausschluß von Verfahren verhängt werden. Der Besucherverkehr kann in Einzelfällen überwacht, der Postverkehr kontrolliert werden. Zudem ist nur in den seltensten Fällen erkennbar, daß gerade der Anwalt derjenige ist, von welchem die konkrete Gefahr ausgehen könnte. Schließlich lassen die §§ 31 ff EGGVG keine Abstufung der Kontaktsperre zu, welche etwa für Verteidigerbesuche gelten können. Zudem wird dem Häftling kein – unverdächtig – Ersatzverteidiger für die Zeit der Kontaktsperre bestellt.

Diese undifferenzierte, keinerlei Abwägungen deutlich machende Regelung stellt demnach einen Verstoß gegen den Grundrechtsschutz der Strafverteidigung dar. Mag sie in jenem Einzelfall 1977 zulässig gewesen sein, ist sie als allgemeine Norm unverhältnismäßig und daher verfassungswidrig⁴⁸.

2. Der Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Verteidiger und Mandant

Die Wahrnehmung der Rechte des Angekl durch den Verteidiger kann nur wirksam sein, wenn nicht bereits durch die Einschaltung des Anwalts selbst eine Rechtsverschlechterung eintritt. Um dies zu verhindern, ist der Kontakt zum Verteidiger selbst grundrechtlich geschützt.

a) Das zwischen RA und Mandanten notwendige Vertrauen ist grundrechtlich geschützt⁴⁹. Ist Vertrauen eine Eigenschaft von Kommunikationsverhältnissen, so ist grundsätzlich die gesamte Kommunikation zwischen Verteidiger und Angekl der staatlichen Einsichtnahme entzogen. Es ist sowohl der Exekutive wie der Justiz untersagt, von dem Kommunikationsvorgang und den Inhalten Kenntnissen zu nehmen. Ist der Mandant in Haft, so bleibt zwar der Kommunikationsvorgang im Gefängnis nicht verboten. Jedoch darf in solchen Fällen der Inhalt der Gespräche nicht belauscht, mitgelesen, abgehört oder sonst überwacht werden.

Von diesen Grundsätzen gehen auch § 148 Abs. 1 StPO, § 29 Abs. 1 Satz 1 StVollzG aus. Danach sind sowohl

Gespräche als auch Postverkehr zwischen Anwalt und Mandant der Kenntnisnahme durch die Staatsorgane entzogen. Diese Rechte sind allerdings einigen Einschränkungen unterworfen.

Das gilt zunächst für die Durchsuchung des Verteidigers vor seinem Besuch bei dem Angekl als auch vor der Hauptverhandlung. Eine spezielle Ermächtigungsgrundlage dafür besteht nicht; vielmehr wird dafür auf Vorschriften zurückgegriffen, welche allgemein die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Haft oder in der Hauptverhandlung schützen (§ 109 Abs. 3 StPO, § 176 GVG). Zweck dieser Untersuchungen soll stets sein, Anwälte daran zu hindern, daß sie Kontakte zwischen den Inhaftierten und noch in Freiheit befindlichen anderen Tatverdächtigen vermitteln oder Gegenstände mit sich führen, die zur Vorbereitung eines Ausbruchs aus der Haft verwendet werden können. Demnach ging es nicht um die jeweilige Strafverteidigung, sondern um deren Mißbrauch zu verteidigungsfremden Zwecken. Das BVerfG hat solche Durchsuchungen mit der Begründung gebilligt, daß dabei gerade die Kenntnisnahme vom Inhalt der Akten des Verteidigers unzulässig sein sollte. Dies läßt den Schluß zu, daß ein Eindringen in die Verteidigerkommunikation grundsätzlich unzulässig ist⁵⁰. Der Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Verteidiger und Angekl bezieht sich somit auf folgende Dimensionen:

- freie, unbeaufsichtigte Gespräche zwischen RA und Mandant;
- Ausschluß der Postzensur für Schreiben an den und von dem Verteidiger;
- Ausschluß der Kenntnisnahme vom Inhalt der Verteidigerakten.

b) Jene Grundsätze sind allerdings in Einzelfällen durchbrochen. Dies gilt insbesondere für wegen terroristischer Straftaten Beschuldigte (§ 148 Abs. 2, § 148 a StPO)⁵¹.

Eine Ermächtigungsgrundlage für die Überwachung des mündlichen Verkehrs ist nicht in Kraft. Der verbale Kontakt zwischen Verteidiger und Angekl hat somit stets unbeaufsichtigt zu erfolgen. Die Anwesenheit Dritter im Gesprächsraum oder das Mithören außerhalb des Gesprächsraums sind für Exekutive und Justiz unzulässig. Die Einführung einer derartigen Überwachung durch Gesetz wäre verfassungswidrig, da sie in den Kernbereich der Verteidigung eingreift. Mit der Überwachung des Verteidigergesprächs wäre die gesamte Strafverteidigung entwertet. Ein derartiger Eingriff würde in unzulässiger Weise den Grundrechtsschutz der Strafverteidigung verletzen⁵². Die Übergabe von Gegenständen zu verteidigungsfremden Zwecken kann durch „Vorrichtungen“ nach § 148 Abs. 2 Satz 3 StPO (etwa: Trennscheiben) verhindert werden.

44 Dazu näher BVerfGE 46, 160 ff.

45 BVerfGE 49, 24 (53 ff); sie erging nahezu zwei Jahre später als die Entscheidung BVerfGE 46, 1.

46 BVerfGE 49, 24 (59).

47 Dazu eingehend F. Ossenbühl in: C. Starck, u. a., BVerfG und Grundgesetz I, 1976, S. 158 ff.

48 Ebenso i. E. R. Zuck, NJW 79, 1124 f; Rudolph, JA 79, 9; F. Rissel aaO (Fn. 3), S. 140 ff.

49 BVerfGE 30, 1 (32).

50 BVerfGE 38, 26 (30 f); s. auch E 48, 119 (125 f).

51 S. daneben zu den Notstandsgesetzen BVerfGE 30, 1 (32 f).

52 Ebenso i. E. H. Dahs, NJW 75, 1392; ders., ZRP 77, 167; K. Ulsenheimer, GoldArch 75, 109; J. Welp, GoldArch 77, 143; E. Müller, NJW 76, 1067; ausführlich R. Rissel, aaO (Fn. 3) S. 109 ff.



Demgegenüber ist die Überwachung des schriftlichen Verkehrs nach § 148 Abs. 2 Sätze 1, 2 StPO, § 29 Abs. 1 Sätze 2, 3 StVollzG zulässig. Danach dürfen bei Angekl., die terroristischer Straftaten verdächtig sind, Schriftstücke zurückgewiesen werden, wenn sich der Absender nicht mit ihrer Kenntnisnahme durch den Richter einverstanden erklärt. Damit ist Postverkehr nur möglich, sofern der Richter von seinem Inhalt Kenntnis erlangen kann. Daß dabei Schriftstücke auch gelesen werden dürfen, ergibt sich jedenfalls aus § 148 a Abs. 2 StPO. Der Sinn dieser Regelung ist zweifelhaft. Darf die mündliche Kommunikation nicht überwacht werden, so ist die Kontrolle allein des Schriftverkehrs kaum zweckmäßig. Ihr Sinn kann sich danach nur darauf beschränken, Feststellungen zu ermöglichen, ob verteidigungsfremde Gegenstände übermittelt werden. Dazu allerdings ist eine inhaltliche Kenntnisnahme nicht erforderlich. Der darüber hinausreichende Inhalt des § 148 Abs. 2 Sätze 1, 2 StPO ist demnach verfassungswidrig⁵³.

c) Die Durchsuchung der Kanzlei des Anwalts mit dem Ziel der Überführung eines Mandanten ist stets unzulässig⁵⁴. Das anwaltliche Mandat stellt ein rechtlich anerkanntes, geschütztes Vertrauensverhältnis dar, das seinen Sinn in dem Moment verliert, in welchem die Staatsorgane Kenntnis von Vorgängen bekommen können, welche den Inhalt des Auftrags darstellen⁵⁵. Eine solche Kenntnisnahme, welche den Grundrechtsschutz vollständig unterläßt, ist unzulässig.

Sofern nach diesen Grundsätzen Eingriffe in das Vertrauensverhältnis zulässig sind, dürfen Informationen nur zu dem Zweck verwendet werden, zu dem sie zulässigerweise angeordnet werden durften (§ 7 G-10). Die Verwendung rechtswidrig gewonnener Erkenntnisse gegen den Beschuldigten ist stets unzulässig⁵⁶.

IV. Die Stellung des Strafverteidigers im Verfahren

Die Strafverteidigung bezieht sich auf ein Strafverfahren. In und aus diesem Verfahren erlangt sie ihren Sinn. Damit kommt der Stellung des Anwalts im Strafverfahren und ihrer rechtlichen Sicherung zentrale Bedeutung für die Verwirklichung des Grundrechtsschutzes der Strafverteidigung zu.

1. Das Recht des Strafverteidigers auf Mitwirkung im Strafverfahren

a) Der Strafverteidiger hat einen grundrechtlich verbürgten Anspruch darauf, am Strafverfahren in jeder Lage des Verfahrens teilnehmen zu können. Das Teilnahmerecht bezieht sich nicht lediglich auf die Hauptverhandlung, sondern auch auf alle vorgelagerten Verfahrensabschnitte. Sobald auch nur die Möglichkeit entsteht, daß eine Person in die Lage gerät, gegenüber einem Staatsorgan sich dem Verdacht einer Straftat auszusetzen, steht dem Betroffenen ein Recht auf anwaltlichen Beistand zu. Er hat das Recht, einen Anwalt zu beauftragen und sich durch ihn vertreten oder beraten zu lassen. Dieses Recht ist – auch bei fehlender Normierung in den Verfahrensgesetzen – grundrechtlich verbürgt⁵⁷.

b) Das Grundrecht auf rechtliches Gehör verleiht ein subjektives Recht darauf, daß Urteile nur auf solche Tatsachen und Beweisergebnisse gestützt werden dürfen, zu denen Stellung zu nehmen den Beteiligten Gelegenheit gegeben war. Während des Strafverfahrens entsteht dabei die praktische Schwierigkeit, daß nicht a priori absehbar

ist, auf welche Feststellungen sich ein Urteil stützen wird. Daher ist insbesondere nicht vollständig prognostizierbar, zu welchen Fakten Stellung genommen werden muß. Das gilt um so mehr, als sachkundige, aussagekräftige Stellungnahmen in der Regel der Vorbereitung bedürfen. Vorbereitet werden müssen insbesondere die Erschütterung von Feststellungen durch Beweisanträge oder die Herbeischaffung ergänzender Tatsachen, welche die Feststellungen von StA und Gericht in einem günstigeren Lichte erscheinen lassen. Daher ist zur Vorbereitung und sachkundigen Mitwirkung in der Hauptverhandlung die Akteneinsicht unentbehrlich. Sie ist folglich durch Art. 103 Abs. 1 GG mit garantiert. Der Verteidiger des Angekl. hat ein Recht auf Akteneinsicht⁵⁸. (S. dazu näher § 147 Abs. 1 StPO.)

Die StPO begrenzt den Anspruch auf Akteneinsicht auf den Verteidiger; dem Beschuldigten selbst kommt ein solches Recht nicht zu⁵⁹. Für eine sachgerechte Verteidigung ist es allerdings nicht ausreichend, daß ausschließlich der Strafverteidiger die relevanten Tatsachen kennt. Vielmehr ist hier auch die Kenntnis des Angekl. selbst erforderlich. Der Verteidiger hat daher das Recht und die Pflicht, dem Angekl. von dem Akteninhalt Kenntnis zu geben⁶⁰. Eine Pflicht zur Vorenthaltung des Akteninhalts kann es demgegenüber niemals geben. Ein solcher Ausschluß des Angekl. von der Aktenkenntnis würde ihm das rechtliche Gehör verkürzen und so das Strafurteil als verfassungswidrig erscheinen lassen. Dies ergibt sich bereits aus der Erwägung, daß der Anspruch aus Art. 103 Abs. 1 GG kein eigenes Recht des Anwalts, sondern eines des Angekl. selbst ist. Seine – und nicht seines Anwalts – Sache wird verhandelt und gehört.

c) Das Recht des Verteidigers auf Mitwirkung am Verfahren schließt sein Recht auf Mitwirkung an der Hauptverhandlung ein. Die daraus resultierenden Konsequenzen sind bislang kaum erörtert. Bei der Terminierung ist auf die Wünsche und Bedürfnisse nicht nur des Angekl., sondern auch des Anwalts hinreichend Rücksicht zu nehmen. Entgegen bekannten, unbeheblichen Verhinderungsgründen in der Person des Anwalts darf nicht terminiert werden. Ladungen sind stets auch an den Anwalt zu richten. Entsteht ein nachträglicher Verhinderungsgrund in der Person des Verteidigers, so ist die Hauptverhandlung jedenfalls dann zu vertagen, wenn daran den RA kein Verschulden trifft und bis zum Termin kein gleichwertiger Ersatz aufzutreiben ist⁶¹. Die Einzelheiten sind hierzu bislang grundrechtlich nicht geklärt.

2. Der Verteidigerausschluß

Der Ausschluß des Strafverteidigers vom Verfahren stellt den schwerwiegendsten Eingriff in den Grundrechtsschutz

53 So im Ergebnis auch J. Welp, *GoldArch* 77, 140 ff.; ders., *ZStW* 78, 811; H. Dahs, *NJW* 76, 2150; G. Grünwald, *DuR* 76, 308; F. Vogel, *ZRP* 76, 217; H. Brangsch, *AnwBl* 76, 218; F. Rissel, aaO (Fn. 3) S. 107 ff.

54 S. zu einem Parallelfall *BVerfGE* 44, 353 (372 ff.).

55 Dazu eingehend C. Gusy, *VerwA* 83, 91 ff. m. w. N.

56 Hierzu C. Gusy, *DöV* 80, 431 ff.

57 S. für den Zeugen *BVerfGE* 38, 105 (111 ff.).

58 *BVerfGE* 18, 404 f.; zu den Grenzen *BVerfG* *NJW* 83, 1043 ff.

59 Ob diese Begrenzung dem Anspruch auf rechtliches Gehör gerecht wird, wenn kein Verteidiger beauftragt ist, kann hier nicht untersucht werden. Vgl. *Beulke*, aaO (Fn. 1) S. 89 ff.

60 *BGHSt* 29, 99; G. Kuckuck, *NJW* 80, 298; H. Müller-Dietz, *JR* 81, 76 (77).

61 Zu eng wohl *BayObLG* *Strafverteidiger* 83, 270; weiter zu *Recht OLG Düsseldorf* *Strafverteidiger* 83, 269; *Weider*, *Strafverteidiger* 83, 270 ff.; restriktiv auch *BVerwG* *DöV* 83, 728 ff.; zu einem instruktiven Sonderfall *BVerfG* *JZ* 84, 86.



der Strafverteidigung dar. Er beeinträchtigt die rechtlich geschützte Stellung des Angekl. im Prozeß und entwertet zugleich die Wahl und das Mandat des Verteidigers, welche er veranlaßt hat⁶².

a) Als Grundrechtseingriff setzt der Verteidigerausschluß eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage voraus, wie sie für jeden derartigen Eingriff gefordert wird. Der Eingriff muß gesetzlich angeordnet und zugelassen sein und die Tatbestandsvoraussetzungen des Gesetzes müssen im konkreten Fall vorliegen. Ohne gesetzliche Grundlage sind derartige Eingriffe unzulässig.

Eine Ausnahme davon hat das BVerfG angenommen, wenn der Verteidiger nicht in der vorgeschriebenen Kleidung erscheint, insbesondere keine Robe trägt⁶³. Diese Entscheidungen sind um so bemerkenswerter, als weder die Robenpflicht noch die Folgen bei deren Verletzung gesetzlich vorgeschrieben sind. Dieses Fehlen gesetzlicher Ermächtigungsgrundlagen hat das BVerfG unter Hinweis auf bestehendes „Gewohnheitsrecht“ ignoriert. Danach ist das Tragen der Robe gewohnheitsrechtliche Standespflicht der Anwälte. Deren Durchsetzung ist allerdings primär Aufgabe der Standesorganisationen, insbesondere der Anwaltskammern. Der Ausschluß des RA vom Prozeß auch trotz fehlender gesetzlicher Grundlagen wird damit gerechtfertigt, daß er die mildeste Sanktionsmöglichkeit überhaupt darstelle. Ehrengerichtliche Verfahren würden stets zu einschneidenderen Maßnahmen führen, während der Ausschluß vom Verfahren sich nur auf eine einzige Rechtsache beziehe. Im übrigen lasse sie die Rechtsstellung des Anwalts unberührt. Demgegenüber wurde die Rechtsstellung des Mandanten nicht einmal thematisiert. Vielmehr wurde darauf abgestellt, daß eine Vertagung die Interessen des Mandanten wegen der damit verbundenen Verzögerung spürbarer benachteiligt hätte als die Zurückweisung des Anwalts. Daneben wurde darauf abgestellt, daß der RA im Prozeß eben nicht nur seine Grundrechte ausübe, sondern zudem „Organ der Rechtspflege“ sei. Diese Stellung verlange ein würdiges, angemessenes Auftreten „im Interesse der Allgemeinheit“. Die Entscheidungen hätten jedenfalls nach der jüngsten Rechtsprechung des BVerfG anders ausfallen müssen. Hier kann offenbleiben, ob und in welchem Umfang eine Robenpflicht besteht. Jedenfalls hätte der Ausschluß des Verteidigers aus mehreren Gründen nicht erfolgen dürfen:

– Grundrechtseingriffe sind – auch gegenüber Verteidigern und Angekl. – nur auf grundgesetzlicher Ermächtigungsgrundlagen zulässig. Eine solche war nicht in Kraft. Gewohnheitsrecht reicht zur Ersetzung fehlender Gesetze insoweit nicht aus⁶⁴.

– Insbesondere sind Anordnungen nur zulässig, wenn dafür die Voraussetzungen vorliegen. Hier stellt der Ausschluß des Verteidigers eine Umgehung des § 176 GVG dar. Eine Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Prozeß war nicht erkennbar⁶⁵.

– Schließlich darf auch bei gesetzlich angeordneten Eingriffen und Verfahren kein anderer Eingriff verhängt werden mit der Begründung, er sei das mildeste Mittel. Das Übermaßverbot läßt nur die Auswahl zwischen mehreren Entscheidungen zu, deren Tatbestandsvoraussetzungen im Einzelfall vorliegen. Andere als tatbestandlich zulässige Maßnahmen rechtfertigt es nicht, auch wenn diese milder sind⁶⁶.

b) Seit 1974 regeln die §§ 138 a, b StPO den Ausschluß des Verteidigers von der Mitwirkung an einem Verfahren.

Die Regelung erging – nahezu einhundert Jahre nach Inkrafttreten der StPO im Jahre 1877 – aufgrund des Umstandes, daß das BVerfG für den Ausschluß eines Strafverteidigers nunmehr eine gesetzliche Ermächtigung forderte⁶⁷. Das von ihm früher als ausreichend anerkannte Gewohnheitsrecht⁶⁸ wurde seitdem nicht mehr als verfassungsgemäß angesehen.

§ 138 a StPO läßt den Verteidigerausschluß bei strafbaren Handlungen des RA zu. Das gilt entweder, weil er wegen Beteiligung an der Tat des Angekl. oder wegen Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei bezüglich dessen Tat verdächtig ist oder weil er den freien Verkehr mit dem Angekl. zu eigenen Straftaten nutzt oder insoweit die Sicherheit der Strafanstalt gefährdet. Für den Beteiligungsverdacht reicht ein strafbarer Versuch aus⁶⁹; erforderlich ist allerdings, daß auch die Handlung des Verteidigers ihrerseits in das Stadium der Strafbarkeit getreten ist⁷⁰. Inwieweit der Verdacht konkretisiert sein muß, ist kaum zuverlässig umschreibbar. Jedenfalls braucht gegen den Anwalt weder Anklage erhoben noch gar gem. § 175 StPO zugelassen zu sein; die Sache muß nicht einmal ausermittelt sein, solange der Verdacht „dringend“ ist⁷¹. In Terroristenprozessen reicht nach § 138 a Abs. 2 StPO sogar ein allgemeiner Verdacht aus, der nicht qualifiziert sein muß⁷².

Darüber hinaus kann in Staatsschutzsachen nach § 138 b StPO der Verteidiger ausgeschlossen werden, wenn gerade seine Mitwirkung eine Gefahr für die Bundesrepublik Deutschland herbeiführen würde. Dies kann praktisch nur der Fall sein, wenn der Anwalt selbst des Hoch- oder Landesverrats oder der Spionage „aufgrund bestimmter Tatsachen“ verdächtig ist und in dem Verfahren staatsgefährdende Unterlagen oder Informationen dem Anwalt zugänglich würden.

Das Ausschlußverfahren ist in § 138 c StPO geregelt. Zuständig ist das OLG. Schon vor dessen Entscheidung kann das Prozeßgericht anordnen, daß die Rechte des Verteidigers bis zur Entscheidung des OLG ruhen. Das Verfahren bezieht sich ausschließlich auf die Ausschlußgründe nach §§ 138 a, b StPO. Für einen Ausschluß wegen Verletzung des § 137 Abs. 1 Satz 2, § 146 StPO ist ausdrücklich kein Verfahren vorgesehen.

c) Das BVerfG hat die Verfassungsmäßigkeit des § 138 a StPO bejaht⁷³. Danach ist der Gesetzgeber grundsätzlich berechtigt, Ausschlußtatbestände zu normieren, solange sich diese im Rahmen der Verhältnismäßigkeit halten. Unter diesem Aspekt seien die Regelungen des § 138 a StPO nicht zu beanstanden. Das gelte auch dann, wenn die vom Anwalt selbst möglicherweise begangene Straftat, auf welche sich der Verdacht bezieht, im Höchstmaß mit weniger als einem Jahr Freiheitsstrafe bedroht sei.

62 Überblick über den Meinungsstand bei Beulke, aaO (Fn. 1) S. 223 ff m. w. N.

63 BVerfGE 28, 21 (28 ff); 34, 138 f.

64 BVerfGE 33, 1 ff.

65 BVerfGE 28, 21 (27) im Bericht der Stellungnahme der BRAK.

66 Ablehnend auch H. Rüping, ZZP 75, 234; P. Müller, NJW 79, 22; Beulke, aaO (Fn. 1) S. 222, 232.

67 BVerfGE 34, 293 (303 ff); s. zur Entstehungsgeschichte J. Vogel, NJW 78, 1222; ferner H. Donus, Ausschließung und Überwachung des Verteidigers im Strafverfahren, Diss. Tübingen 1978.

68 BVerfGE 15, 226 (231 ff); der Ausschluß war damals allerdings als unverhältnismäßig aufgehoben worden.

69 BGH vom 27. 6. 80 (2 AR 115/80).

70 BGH MDR 77, 984.

71 BGH AnwBl 81, 15.

72 Restriktiv BGHS 28, 355; 29, 341; W. Kreckler, AnwBl 79, 212 ff.

73 BVerfGE EuGRZ 75, 643 f.; bestätigt in BVerfGE EuGRZ 75, 462.



Ebenso sei es zulässig, in Verdachtsfällen die Beordnung als Pflichtverteidiger zu entziehen⁷⁴. Das gilt ungeachtet der Tatsache, daß für den Widerruf der Bestellung aus Gründen des Beteiligungsverdachts kein eigener gesetzlicher Widerrufstatbestand vorgesehen ist (s. § 148 StPO). Auch eine analoge Anwendung des § 138 a StPO wird nicht in Erwägung gezogen. Vielmehr stellt das Gericht auf den Umstand ab, daß die Bestellung zum Pflichtverteidiger ein „begünstigender Verwaltungsakt“ sei, der nach den allgemeinen Grundsätzen widerrufen werden könne. Ein solcher Widerrufstatbestand sei der Verdacht der Tatbeteiligung des Verteidigers. Denn ein solcher RA sei nicht in der Lage, sachgerecht seine Aufgaben wahrzunehmen. Daher sei er notwendigerweise zu entpflichten. Das gelte selbst dann, wenn ein für den Ausschluß vom Verfahren nach § 138 a StPO erforderlicher Tatverdacht noch gar nicht vorlag. Auch in diesem Falle sei der Widerruf aus den genannten Erwägungen zulässig.

Demgegenüber richtet sich die Zurückweisung und der Ausschluß von Strafverteidigern, die unter Verstoß gegen § 137 Abs. 1 Satz 2, § 147 StPO auftreten, nicht nach § 138 c StPO. Hier sieht das BVerfG § 137 Abs. 1 Satz 2, § 146 StPO als eigenständige Ausschlußgründe an, die kein eigenständiges Verfahren bedingen oder voraussetzen⁷⁵.

d) Die Entscheidungen des BVerfG haben die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Regelungen des Verteidigerausschlusses in §§ 138 a, b StPO nicht verstummen lassen. Insbesondere die pauschalen Aussagen des Gerichts, welche die vielfältigen Einzelfragen thematisiert lassen, haben eine Diskussion der Einzelheiten erst aufkommen lassen.

Das gilt zunächst bezüglich der Unbestimmtheit des erforderlichen „Verdachts“. Fordert hier § 138 a Abs. 1 Satz 1 StPO einen „dringenden“ oder „hinreichenden“ Verdacht, so schreibt § 138 a Abs. 2 StPO einen „durch Tatsachen begründeten Verdacht“ vor. Nicht erforderlich ist, daß Anklage erhoben oder zugelassen ist; Substanziierungspflichten sind ebensowenig erkennbar wie die Notwendigkeit der Ausermittlung von Verdachtsmomenten. Damit ist der vom BVerfG ausdrücklich geforderten Bestimmtheit der Ausschlußtatbestände nicht genügt⁷⁶. Ein bloßer Verdacht, der außerhalb der StA keiner objektiven Prüfung unterzogen werden kann, eröffnet der Anklagebehörde die Möglichkeit, mißliebige oder unbequeme Verteidiger auszuschließen. Das gilt um so mehr, als die StA die gesamten Beweismittel in der Hand hat und insoweit ein Ermittlungsmonopol besitzt. Eine eigene Beweiserhebung im Ausschlußverfahren nach § 138 a StPO ist nicht vorgesehen.

Daneben wird ein Verstoß gegen das Übermaßverbot eingewandt⁷⁷. Der Grund hierfür liegt darin, daß bereits geringfügige Straftaten des Anwalts ausreichen sollen, um ihn vom Verfahren auszuschließen. Damit würde ein wenig schwerwiegender Verstoß gegen die Rechtsordnung mit einem besonders schweren Reaktionsmittel zu Lasten des Anwalts wie des Angekl. versehen.

Schließlich sind Bedenken wegen der fehlenden Verfahrensnorm bezüglich der Zurückweisung- oder Ausschlußtatbestände nach § 137 Abs. 1 Satz 2, § 146 StPO zu erheben. Hier entscheidet das Gericht der Hauptsache, so daß im Einzelfall die Möglichkeit besteht, „mißliebiger“ Anwälte zu disziplinieren.

Ferner ist die weitreichende Entpflichtungsmöglichkeit von Pflichtverteidigern unzulässig. Sie stellt eine Um-

gehung der §§ 143, 138 a StPO dar. Die Konstruktion eines „begünstigenden Verwaltungsaktes“ paßt hier nicht, da im Strafprozeß die Regelungen der Verwaltungsverfahrensgesetze nicht anwendbar sind. Darüber hinaus könnte im Einzelfall mittels einer summarischen Prüfung kaum festgestellt werden, ob hier im Einzelfall die Widerrufsvoraussetzungen des § 49 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG vorliegen. Im Verwaltungsverfahren sind jedenfalls sind belastende Maßnahmen aufgrund summarischer Prüfung höchstens vorläufig zulässig. Hier stellt sich der Rückgriff auf das VwVfG als Umgehung der Entpflichtungsbestimmung bzw. des Verteidigerausschlusses dar. Eine solche Umgehung ist unzulässig. Die Entpflichtung ist nur nach §§ 143, 138 a StPO zulässig.

e) Unter verfassungsrechtlichen Aspekten sind die Vorschriften über den Ausschluß des Strafverteidigers in mehrfacher Hinsicht zu weit. Aus der Rechtsprechung ergeben sich folgende Anforderungen:

- Erfordernis der gesetzlichen Grundlage; und zwar für den Ausschluß des Wahlverteidigers ebenso wie des Pflichtverteidigers. Das gilt auch, wenn sich die Entpflichtung als Ausschluß darstellt;

- Klarheit und Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage, und zwar der Voraussetzungen wie der Rechtsfolgen;

- Wahrung des Übermaßverbots, insbesondere der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit im Einzelfall.

Diesen Anforderungen kann im Strafprozeß auf zwei verschiedenen Weisen entsprochen werden. Entweder wird unter Betonung des Autonomieprinzips⁷⁸ die Verteidigung in das Ermessen des Angekl. gestellt. Das gilt jedenfalls für Ausschlußgründe, welche auf fehlende Interessenidentität von Angekl. und Verteidiger abstellen. Dem Angekl. ist dann der Beteiligungsverdacht gegen den Anwalt zu eröffnen. Ob er sich sodann des Verteidigers weiterhin bedienen will oder nicht, wird in sein Ermessen gestellt. Diese Lösung würde dem Grundrechtsschutz der Strafverteidigung am besten gerecht.

Oder aber konkrete Ausschlußtatbestände werden normiert, welche den genannten verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen. Einen diskussionswürdigen Vorschlag für eine solche Formulierung hat der Arbeitskreis Strafprozeßreform vorgelegt:

„Ein Verteidiger ist von der Mitwirkung in einem Verfahren auszuschließen, sobald gegen ihn wegen Beteiligung an einer Tat, die Gegenstand eines Verfahrens ist, oder wegen einer Handlung, die bezüglich dieser Tat Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei wäre, das Hauptverfahren eröffnet worden ist. Dabei bleiben Handlungen des Verteidigers nach Aufnahme von Verhandlungen außer Betracht, welche die Übernahme der Verteidigung zum Gegenstand hatten.“

Endet das Verfahren gegen den Verteidiger ohne Verurteilung, so ist die Ausschließung auf seinen Antrag oder auf Antrag des Beschuldigten aufzuheben.“⁷⁹

Beide Varianten würden den Verteidigerausschluß verfassungskonform ausgestalten.

74 BVerfGE 39, 238 (241 ff.).

75 BVerfGE NSIZ 82, 294.

76 BVerfGE 34, 293 (301 f.).

77 Rissel, aaO (Fn. 3), S. 131 ff.; s. aber auch BVerfG aaO (Fn. 73).

78 Dazu J. Welp, ZStW 78, 101 ff.

79 G. Bemann u. a., Die Verteidigung, 1979, S. 10 f, 141 ff (§ 18).