

Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften

Band 7

Der Ausschluß des Strafverteidigers in Theorie und Praxis

Von

Dr. Martina Remagen-Kemmerling



Duncker & Humblot · Berlin

MARTINA REMAGEN-KEMMERLING

Der Ausschluß des Strafverteidigers in Theorie und Praxis

Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften

Herausgegeben von

Hans Joachim Hirsch, Günter Kohlmann

Michael Walter, Thomas Weigend

Professoren an der Universität zu Köln

Band 7

Der Ausschluß des Strafverteidigers in Theorie und Praxis

Von

Dr. Martina Remagen-Kemmerling



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Remagen-Kemmerling, Martina:

Der Ausschluss des Strafverteidigers in Theorie und Praxis /
von Martina Remagen-Kemmerling. – Berlin : Duncker und
Humblot, 1992

(Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften ; Bd. 7)

Zugl.: Köln, Univ., Diss., 1991

ISBN 3-428-07524-2

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1992 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61
Printed in Germany

ISSN 0936-2711

ISBN 3-428-07524-2

Für meine Familie

Vorwort

Die Abhandlung hat der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln im Wintersemester 1991/92 als Dissertationsschrift vorgelegen. Rechtsprechung und Literatur sind noch bis März 1992 für die Drucklegung eingearbeitet worden.

Zu großem Dank bin ich Herrn Professor Dr. Dr. h.c. mult. Hans Joachim Hirsch verpflichtet, der mir durch Anregungen hilfreich zur Seite gestanden und die Aufnahme der Arbeit in die Reihe Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften befürwortet hat.

Besonderer Dank gilt auch Herrn Professor Dr. Georg Küpper für seine mir während der Ausarbeitung zuteil gewordene Unterstützung.

Köln, im April 1992

Martina Remagen-Kemmerling

Inhalt

Einführung

A. Überblick	17
B. Ziel und Untersuchungsgrundlage der Arbeit	17
C. Gang der Darstellung	18

1. Teil

A. Rechtslage vor Normierung des Verteidigerausschlusses	19
I. Rechtsgrundlage	19
II. Ausschließungsgründe	27
1. Personenidentität zwischen Verteidiger und Zeugen	28
2. Verdacht der Beteiligung an der Tat des Angeklagten	30
3. Prozeßsabotage	33
4. Parteiverrat und Gerichtsnötigung	35
5. Abhängigkeit des Verteidigers	36
6. Persönliche Unfähigkeit des Verteidigers	38
III. Verfahrenshintergründe	38
IV. Anwendungsbereich der Ausschlußgrundsätze	42
V. Ausschlußverfahren	44
1. Zuständigkeit	44
2. Anfechtbarkeit der Entscheidung	45
B. Entstehungsgeschichte und Inhalt der den Verteidigerausschluß regelnden Vorschriften	47
I. Frühe Regelungsversuche	47
II. Bedeutung der zeitgeschichtlichen Ereignisse für das Regelungs- vorhaben	48
III. Einführung von Ausschlußnormen	49
1. Ziele	49
2. Systematisierungsversuche	50
3. Hauptargumente pro und contra Ausschlußnormierung	53
IV. Ausgestaltung der §§ 138a ff. StPO	57
1. Generalklausel oder Einzeltatbestände?	57
2. Abgrenzung des Ausschlußbegriffs	57

a)	Gesetzliche Zurückweisungsregelungen	57
b)	Zurückweisung wegen Verletzung der Robenpflicht	58
c)	Rücknahme der Pflichtverteidigerbestellung	59
3.	Anwendungsbereich der §§ 138a ff. StPO	60
4.	Ausschließungsgründe	64
a)	Die Regelung des § 138a Abs. 1 StPO	64
aa)	Tatbeteiligung gemäß § 138a Abs. 1 Nr. 1 StPO	64
bb)	Begünstigung und Strafvereitelung gemäß § 138a Abs. 1 Nr. 3 StPO	65
cc)	Mißbrauch des Verkehrs mit dem inhaftierten Beschul- digten gemäß § 138a Abs. 1 Nr. 2 StPO	67
dd)	Verdacht im Sinne des § 138a Abs. 1 Nr. 1 bis 3 StPO ...	70
b)	Die Vorschrift des § 138a Abs. 2 StPO	72
c)	Die Regelung des § 138b StPO	73
d)	Die nicht in §§ 138a, b StPO aufgenommenen Ausschluß- gründe	74
aa)	Verfahrensabotage, Parteiverrat, Zeugenstellung, Gerichtsnötigung	74
bb)	Verhandlungs- und Prozeßunfähigkeit des Verteidigers ...	75
5.	Aufhebung des Ausschlusses nach § 138a Abs. 3 StPO	78
6.	Ausschlußwirkungen nach § 138a Abs. 4 und 5 StPO	79
C.	Überblick über die Rechtslage im Ausland	81
I.	Schweiz und Österreich	81
II.	Frankreich	83
III.	Großbritannien und USA	84
IV.	Ergebnis	85

2. Teil

A.	Analyse der zu §§ 138a ff. StPO ergangenen Rechtsprechung im Zeitraum von 1975 bis 1990	87
I.	Auswertungsgrundlage	87
II.	Statistische Angaben: Anwendungshäufigkeit, Ausschlußquoten sowie Anzahl der einen Ausschluß ablehnenden Entscheidungen	88
1.	Allgemeine Übersicht	88
2.	Statistische Angaben unter Berücksichtigung der Verfahrenshinter- gründe	92
3.	Besonderheiten im Rahmen der eine Ausschließung ablehnenden Beschlüsse	95
III.	Ausschlußgrundlage	96
IV.	Anwendungsbereich	98
1.	Anwendbarkeit der §§ 138a ff. StPO auf den Pflichtverteidiger? ...	98

2. Anwendbarkeit der §§ 138a ff. StPO auf sonstige Rechtsbeistände?	104
3. Sachlicher Anwendungsbereich der §§ 138a ff. StPO	106
V. Ausschlußgründe	108
1. Bedeutung der einzelnen Ausschlußgründe	108
a) § 138b StPO	108
b) Begünstigung und Hehlerei im Sinne des § 138a Abs. 1 Nr. 3 StPO	108
c) § 138a Abs. 1 Nr. 2 StPO	109
d) Tatbeteiligung und Strafvereitelung im Sinne des § 138a Abs. 1 Nr. 1, 3 StPO	110
2. Spezielle Probleme im Bereich der Ausschlußgründe des Beteiligungs- und Strafvereitelungsverdachts	111
a) Statistische Angaben zum Ausschlußgrund des § 138a Abs. 1 Nr. 1 StPO	111
b) Der Begriff der Tatbeteiligung im Sinne des § 138a Abs. 1 Nr. 1 StPO	114
aa) Tatbegriff	114
bb) Beteiligungsbegriff	115
c) Ausdehnung des § 138a Abs. 1 Nr. 1 StPO	118
d) Prüfungskompetenz im Rahmen des § 138a Abs. 1 Nr. 1 StPO	120
e) Statistische Angaben zum Ausschlußgrund des § 138a Abs. 1 Nr. 3, 2. Alternative StPO	126
f) Abgrenzung zwischen Strafverteidigung und Strafvereitelung ..	128
g) Versuch des § 258 StGB als Ausschlußgrund im Sinne des § 138a Abs. 1 Nr. 3 StPO	132
h) Unterstellen einer Verurteilung im Rahmen des § 138a Abs. 1 Nr. 3 StPO	134
3. Der erforderliche Verdacht gemäß § 138a Abs. 1 StPO	136
a) Begriffsbestimmung	136
aa) Nebeneinander von dringendem und die Eröffnung des Hauptverfahrens rechtfertigendem Verdacht	136
bb) Zuordnungsverhältnis und Inhalt der beiden Verdachts- begriffe	138
aaa) Stufenverhältnis?	138
bbb) Erfordernis eines anklagereifen Ermittlungsverfah- rens im Rahmen hinreichenden Tatverdachts?	139
cc) Konsequenzen für den Verdachtsbegriff bei Vorliegen eines Prozeßhindernisses	148
b) Gesetzgebungskonsequenzen	150
4. Der Verdacht im Sinne des § 138a Abs. 2 StPO	153
VI. Aufhebung des Ausschlusses gemäß § 138a Abs. 3 StPO	155
VII. Erstreckungswirkung des Ausschlusses nach § 138a Abs. 4 und 5 StPO	157
VIII. Das Verfahren nach §§ 138c, d StPO	158
1. Einleitung des Verfahrens durch Ausschließungsantrag bzw. Vor- lagebeschluß	158

a)	Funktion und Inhalt von Ausschließungsantrag und Vorlage-	158
aa)	"Mindestanforderungen" bezüglich Antrag und Vorlage	
	zum Zwecke der Festlegung des Verfahrensgegenstandes .	159
bb)	Bestimmung der "Mindestanforderungen"	160
cc)	Erfüllung der "Mindestanforderungen" durch Verweise	
	auf andere Schriftstücke?	162
b)	Konsequenzen bei Fehlen der sog. Mindestanforderungen	163
aa)	"Unzulässigkeit" oder "Unbegründetheit" von Vorlage	
	bzw. Ausschließungsantrag?	163
bb)	Rechtskraftwirkung der Ausschlußablehnung ?	165
cc)	Folgen einer beschränkten Rechtskraft der Ausschluß-	
	ablehnung	167
c)	Gesetzgebungsvorschlag	168
2.	Notwendigkeit einer mündlichen und öffentlichen Verhandlung?	169
a)	Verhandlungsmaxime?	169
b)	Öffentlichkeit der Verhandlung?	172
3.	Umfang der gerichtlichen Sachverhaltsaufklärung	172
4.	Zeitpunkt des Ausschließungsantrags bzw. Vorlagebeschlusses	178
5.	Anordnung des Ruhens der Verteidigerrechte gemäß	
	§ 138c Abs. 3 StPO	179
6.	Feststellungsverfahren nach § 138c Abs. 5 StPO	181
7.	Rechtsmittel	182
8.	Kosten	184
a)	Notwendigkeit einer Kostenentscheidung	185
b)	Rechtsgrundlagen	187
c)	Gesetzgebungskonsequenzen	188
d)	Erstattungsfähigkeit der notwendigen Auslagen im Ausschluß-	
	verfahren	188
e)	Zusammenfassender Novellierungsvorschlag zur Kosten-	
	regelung	191
B.	Untersuchungsergebnis in Gestalt eines Vorschlages zur Änderung und	
	Ergänzung der §§ 138a ff. StPO	192
	Literatur	196
	Anhang	205

Tabellenverzeichnis

Tabelle I:	Zeitliche Einteilung der nachgewiesenen selbständigen Ausschlußverfahren	89
Tabelle II:	Gesamtüberblick über die Ausschließungspraxis.....	90
Tabelle III:	Ausschlußpraxis unter Berücksichtigung der Verfahrenshintergründe	93
Tabelle IV:	Anwendung des § 138a Abs. 1 Nr. 1 StPO	113
Tabelle V:	Anwendung des § 138a Abs. 1 Nr. 3, 2. Alt. StPO	127

Abkürzungen

a. A.	anderer Ansicht
aaO.	am angegebenen Ort
Abg.	Abgeordneter
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
Alt.	Alternative
Angekl.	Angeklagter
Anm.	Anmerkung
AnwBl.	Anwaltsblatt
AO	Abgabenordnung
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BBG	Bundesbeamtengesetz
Bd.	Band
Beschl.	Beschluß/Beschlüsse
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHR	BGH-Rechtsprechung Strafsachen
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BR	Bundesrat
BRAGO	Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung
BRAK-Mitt.	Mitteilungen der Bundesrechtsanwaltskammer
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BT	Bundestag
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
Bundesreg.	Bundesregierung
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
DAV	Deutscher Anwaltsverein
dies.	dieselbe, dieselben
Diss.	Dissertation

DJ	Deutsche Justiz
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DRspr.	Deutsche Rechtsprechung
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
Entsch.	Entscheidung
Erg. Bd.	Ergänzungsband
Fn.	Fußnote
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
grds.	grundsätzlich
Gr. Strafkammer	Große Strafkammer
GStA	Generalstaatsanwaltschaft
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
h.A.	herrschende Ansicht
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
insbes.	insbesondere
insges.	insgesamt
i.S.d.	im Sinne des/der
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiten Sinne
JA..., StR	Juristische Arbeitsblätter - Strafrecht
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KJ	Kritische Justiz
KK	Karlsruher Kommentar (zitiert mit dem Namen des Bearbeiters)
KMR	Kleinknecht/Müller/Reitberger: Kommentar zur Strafprozeßordnung (zitiert mit dem Namen des Bearbeiters)
LG	Landgericht
LM	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs im Nachschlagewerk von Lindenmaier/Möhrling
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.w. Nachw.	mit weiteren Nachweisen

NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NSDAP	Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei
NStE	Neue Entscheidungssammlung für Strafrecht
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
öRAO	österreichische Rechtsanwaltsordnung
öStPO	österreichische Strafprozeßordnung
ÖTV	Gewerkschaft Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr
OLG	Oberlandesgericht
OLG StPO	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Straf-, Ordnungswidrigkeiten- und Ehrengerichtssachen (OLGSt)
polit.	politisch
Prot.	Protokoll
RAF	Rote Armee Fraktion
Rdn.	Randnummer
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Satz/Seite
SED	Sozialistische Einheitspartei Deutschlands
sof. Beschwerde	sofortige Beschwerde
sonst.	sonstige
StA	Staatsanwaltschaft
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
StV	Strafverteidiger
StVÄG	Strafverfahrensänderungsgesetz vom 27.1.1987, BGBl. I, S. 475
2. StVRG	Zweites Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts - Regierungsentwurf vom 6.9.1974, BT-Drucks. 7/2526
u.a.	unter anderem, und andere
unpolit.	unpolitisch
Verf.	Verfasserin
Vert.	Verteidiger
Vfg.	Verfügung
Vorb.	Vorbemerkung
Vorbem.	Vorbemerkung
VRS	Verkehrsrechts-Sammlung
Wahlper.	Wahlperiode
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Einführung

A. Überblick

Als mit den Regelungen der §§ 138a ff. StPO am 1.1.1975 erstmalig eine gesetzliche Grundlage, die den Ausschluß von Strafverteidigern ermöglichte, in Kraft trat, rief dies eine äußerst lebhafte Diskussion hervor, die in erheblichem Maße von aktuellen Ereignissen sowie politischen Ansichten bestimmt war. Während einerseits warnende Stimmen laut wurden, durch den Eingriff in Verteidigerrechte drohe eine Demontage des Rechtsstaates, wurde andererseits die Notwendigkeit derartiger Ausschlußregelungen damit begründet, daß nur ein solcher Schritt des Gesetzgebers den ordnungsgemäßen Ablauf von Strafverfahren gegen terroristische Gewalttäter gewährleisten und somit zum Bestehen einer Bewährungsprobe des Rechtsstaates beitragen könne.

Dabei standen sich die zu diesem Problemkreis vertretenen Ansichten in unversöhnlicher Weise gegenüber, so daß eine nüchterne und vom politischen Zeitgeschehen unabhängige Bewertung der gesetzlichen Ausschlußregeln über einen relativ langen Zeitraum hinweg kaum durchführbar erschien. Auch konnte erst die Anwendung der Vorschriften in der Praxis zeigen, ob die Befürchtungen oder Hoffnungen, die an die Regelung der §§ 138a ff. StPO geknüpft wurden, berechtigt oder vielmehr unbegründet waren. Da nun seit Inkrafttreten der Ausschlußnormen mehr als fünfzehn Jahre vergangen sind, erscheint der Zeitpunkt geeignet, diese einer kritischen Betrachtung zu unterziehen.

B. Ziel und Untersuchungsgrundlage der Arbeit

Ziel der Arbeit ist es, auf die Fragen, welche Bedeutung den so heftig umstrittenen Vorschriften der §§ 138a ff. StPO tatsächlich in der Praxis zukommt, welche Ausprägung diese in concreto gefunden haben und welche Folgerungen gegebenenfalls aus ihrer Anwendung durch die Rechtsprechung zu ziehen sind, eine Antwort zu geben. Dazu bedurfte es in besonderem Maße einer Auswertung von gerichtlichen Entscheidungen. Da es jedoch keine amtliche Statistik über die bundesweit im Zeitraum von 1975 bis 1990 zu §§ 138a ff. StPO ergangenen Gerichtsbeschlüsse gibt und auch die im Rahmen der Ausschlußverfahren zuständigen Oberlandesgerichte über keine diesbezüglichen Register verfügen, konnten der Untersuchung keine abschließenden Zahlenangaben zugrunde gelegt werden, sondern es blieb nur der Versuch zu

unternehmen, eine möglichst breite Auswertungsbasis zu schaffen. Das Schwergewicht der Arbeit wurde dabei auf die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte in Nordrhein-Westfalen sowie des Bundesgerichtshofes gelegt.

C. Gang der Darstellung

Um die Entwicklung der Ausschließungsproblematik und der einschlägigen Vorschriften der §§ 138a ff. StPO zu verdeutlichen, gibt der erste Teil der Arbeit einen Überblick über die vor der Normierung geltenden Grundsätze sowie des weiteren über die unmittelbare Gesetzgebungsgeschichte und den Inhalt der eingeführten Regelungen.

Der zweite Teil enthält eine Analyse der Rechtsprechung, anhand derer Schwerpunkte, Bedeutung und Auswirkungen der Regelungen in ihrer praktischen Anwendung aufgezeigt werden.

Die Arbeit schließt mit einem Novellierungsvorschlag, der das Ergebnis der Untersuchung darstellt.

1. Teil

A. Rechtslage vor Normierung des Verteidigerausschlusses

Obgleich es bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Ergänzung des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrensrechts vom 20.12.1974¹ an einer den Verteidigerausschluß regelnden Gesetzesnorm fehlte, hatte die Rechtsprechung schon vor diesem Zeitpunkt in jahrelanger Praxis Verteidiger aus laufenden Strafverfahren ausgeschlossen, wenn auch die Anzahl ergangener Ausschlußeitscheidungen gering war². Damit drängt sich die Frage auf, welche gesetzliche Grundlage diese Praxis vor Ergänzung der Strafprozeßordnung durch die §§ 138a ff. StPO stützen konnte.

I. Rechtsgrundlage

Der einzige gesetzliche Anhaltspunkt, der mit dem Begriff des Strafverteidigerausschlusses in einen sinnngemäßen Zusammenhang gesetzt werden konnte, fand sich in den Vorschriften der §§ 145, 146 StPO³, die bereits in der Strafprozeßordnung vom 1. Februar 1877 enthalten waren.

Gemäß § 145 StPO - diese Vorschrift ist hinsichtlich ihrer Anwendungsmerkmale im wesentlichen bis heute unverändert geblieben - war bzw. ist vom Gericht ein neuer Verteidiger zu bestellen, wenn im Falle der notwendigen Verteidigung der Verteidiger in der Hauptverhandlung ausbleibt, sich unzeitig entfernt oder sich weigert, die Verteidigung zu führen. Damit sichert diese Regelung einerseits die Interessen des Angeklagten, andererseits dient sie der ordnungsgemäßen Durchführung des Verfahrens, das durch ein pflichtwidriges Verhalten des Verteidigers nicht gefährdet werden soll⁴. Die Rechtsfolgen dieser Vorschrift bestehen dabei sowohl in der Bestellung eines anderen Verteidigers als auch in der Verfahrensaussetzung bzw. -unterbrechung; hingegen fehlt es an einer besonderen Regelung bezüglich der Rechtsstellung des bisherigen Verteidigers. Doch wird hieraus bereits erkenn-

¹ BGBl.I (1974), S. 3686.

² Schmidt-Leichner, NJW 1973, 969.

³ Dahs, NJW 1959, 1158, 1161; Wutke, NJW 1972, 1884, 1885, sprach von einer nur fragmentarischen Regelung der Ausschließung eines Rechtsanwalts.

⁴ So bereits Hahn/Stegemann, Materialien zur StPO vom 1.2.1877, I, Motive des Entwurfs, § 128 S. 144.