

Entscheidungen

Verfahrensrecht

Interessenkollision und Entpflichtung

StPO §§ 142 Abs. 1 S. 3, 143, 227; EMRK Art. 6 Abs. 1 und Abs. 3 lit. c

1. Die Entpflichtung eines Verteidigers ist – von den in § 143 StPO ausdrücklich genannten Gründen abgesehen – zulässig, wenn der Zweck der gerichtlich bestellten Verteidigung, dem Beschuldigten einen geeigneten Beistand zu sichern und den ordnungsgemäßen Verfahrensablauf zu gewährleisten, ernsthaft gefährdet ist.

2. Die Grenze für die Begründetheit vorgebrachter Einwände gegen den vom Gericht beigeordneten Verteidiger wird bei der Entpflichtung enger gezogen, als bei der Bestellung.

3. Ein Rechtsanwalt ist grundsätzlich selbst für die Wahrung seiner beruflichen Pflichten verantwortlich und hat im Fall eines tatsächlich bestehenden Interessenkonflikts seinerseits darauf hinzuwirken, dass er nicht zum Verteidiger bestellt oder eine bestehende Bestellung aufgehoben wird.

BGH, Beschl. v. 24.02.2016 – 2 StR 319/15 (LG Kassel)

Aus den Gründen: [10] Der Erörterung bedarf nur die Verfahrensrüge der Verletzung des Fairnessgrundsatzes durch Mitwirkung einer gerichtlich bestellten Verteidigerin, in deren Person ein Interessenkonflikt bestanden habe.

[11] a) Dieser Rüge liegt folgendes Prozessgeschehen zu Grunde:

[12] Der Angekl. beauftragte am 21.08.2013 den RA P. mit seiner Verteidigung. Dieser erwirkte am Folgetag unter Niederlegung des Mandats als Wahlverteidiger seine Bestellung zum Verteidiger durch die Haftrichterin. Am 17.09.2013 zeigte RA M. an, dass er den Geschädigten als Zeugenbeistand vertrete. Am 28.10.2013 zeigte RAin Me. an, von dem Angekl. mit seiner Verteidigung beauftragt worden zu sein. RAin Me. war – gerichtsbekannt – mit RA M. in einer Bürogemeinschaft verbunden und auch privat mit diesem liiert. Am 18.02.2014 beauftragte der Angekl. zusätzlich RA A. mit seiner Verteidigung und erklärte, dass das Vertrauensverhältnis zu RA P. zerrütet sei. Unter dem 04.03.2014 beantragte RA A., RA P. zu entpflichten. Der Vors. der StrK schrieb nach einem vorausgegangenem Telefonat an RA P., dass er davon ausgehe, dieser sei mit seiner Entpflichtung und der Bestellung von RAin Me. einverstanden. RAin Me. hatte zwischenzeitlich ihre gerichtliche Bestellung als Verteidigerin beantragt. Der Angekl. und RA A. wurden davon nicht unterrichtet.

[13] Mit VfG. v. 07.03.2014 entpflichtete der Vors. den RA P. und ordnete dem Angekl. RAin Me. als Verteidigerin bei. Unter dem

19.03.2014 erklärte RA M. im Namen des Geschädigten B. dessen Anschluss als Nebenkl. und beantragte seine Bestellung zu dessen Beistand. Unter dem 26.03.2014 korrespondierte RA M. mit RAin Me. schriftlich über die Frage eines Täter-Opfer-Ausgleichs durch außergerichtliche Zahlung eines Schmerzensgeldes. Diese Korrespondenz wurde auch RA A. mitgeteilt. Am 20.04.2014 ließ das LG den Geschädigten als Nebenkl. zu. Die Voraussetzungen für eine Beordnung des RA M. sah es zunächst nicht als erfüllt an, ordnete ihn aber später bei. RA M. nahm als Vertreter des Nebenkl. an 21 von 24 Verhandlungstagen an der Hauptverhandlung teil.

[14] RAin Me. war ebenfalls an 21 der 24 Verhandlungstage als Verteidigerin des Angekl. anwesend. RA A. war zunächst an den ersten 10 Verhandlungstagen präsent, u.a. bei der Sacheinlassung des Angekl.; an insgesamt 7 späteren Verhandlungstagen war er nicht in der Hauptverhandlung anwesend. Er hielt den Schlussvortrag für den Angekl., dem sich RAin Me. anschloss.

[15] Das Urt. der StrK wurde am 10.12.2014 verkündet. Am 18.12.2014 beantragte RA A., RAin Me. zu entpflichten. Dies entspreche dem Wunsch des Angekl. Dessen Vertrauensverhältnis zu RAin Me. sei nachhaltig gestört. Deren Beordnung sei von Anfang an bedenklich gewesen.

[16] b) Der Bf. ist der Auffassung, bereits die Bestellung von RAin Me. zur Verteidigerin sei mangels seiner Anhörung verfahrensfehlerhaft gewesen. Für eine Verteidigerbestellung neben dem Wahlverteidigermandat des RA A. habe kein Raum bestanden. Auch die Aufrechterhaltung der Verteidigerbestellung sei verfahrensfehlerhaft, weil wegen der persönlichen Verbindung der RAin Me. mit dem Nebenklagevertreter RA M. und deren Bürogemeinschaft eine Interessenkollision bestanden habe. Dadurch sei er in seinem Recht auf wirkungsvolle Verteidigung verletzt. Darauf beruhe das angefochtene Urt.

[17] c) Die Verfahrensrüge ist zulässig, aber unbegründet. Eine Verletzung des Anspruchs des Angekl. auf ein faires Verfahren in der Form des Rechts auf wirkungsvolle Verteidigung liegt nicht vor.

[18] aa) Jeder Besch. hat das Recht auf ein faires Strafverfahren, zu dem auch die Gewährleistung einer wirksamen Verteidigung gehört (Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG). Sofern kein Wahlverteidiger mitwirkt, bedarf es in Fällen der notwendigen Verteidigung der Bestellung eines Verteidigers durch das Gericht. Dabei ist auf ein bestehendes oder angestrebtes Vertrauensverhältnis zwischen dem Besch. und dem Verteidiger möglichst Rücksicht zu nehmen (vgl. BVerfG, [3. Kammer des 2. Senats], Beschl. v. 25.09.2001 – 2 BvR 1152/01, NJW 2001, 3695 [3696] [= StV 2001, 601]).

[19] Gründe, die gegen eine wirksame Verteidigung des Besch. durch einen bestimmten RA sprechen, sind bei der Be-

stellungsentscheidung zu berücksichtigen. Ein absehbarer Interessenkonflikt in der Person eines als Verteidiger in Betracht kommenden RA kann dessen Bestellung im Einzelfall entgegenstehen, wenn deshalb geringere Effektivität seines Einsatzes als Strafverteidiger zu befürchten ist (vgl. *BGH*, Beschl. v. 15.01.2003 – 5 StR 251/02, *BGHSt* 48, 170 [173] [= StV 2003, 210]; Urt. v. 11.06.2014 – 2 StR 489/13, *NStZ* 2014, 660 [662]; Beschl. v. 01.12.2015 – 4 StR 270/15; krit. *Müller/Leitner*, in: *Widmaier/Müller/Schlothauer* (Hrsg.), *Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung*, 2. Aufl., § 39 Rn. 119; *von Stetten* ebd., § 16 Rn. 46). Hierin kann mit Blick auf die auch durch Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK geforderte subsidiäre Verantwortung des Staates für eine wirksame Verteidigung (vgl. *Gaede*, *Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gem. Art. 6 EMRK*, 2007, 858 ff. m.w.N.) ein wichtiger Grund i.S.v. § 142 Abs. 1 S. 3 StPO liegen, von der Bestellung dieses RA zum Verteidiger abzusehen. Ergeben sich nachträglich Hinweise auf die Möglichkeit eines Interessenkonflikts, so kann dies ein wichtiger Grund dafür sein, eine bereits erfolgte Verteidigerbestellung aufzuheben. Jedoch ist die Situation im Abberufungsverfahren anders als bei der Bestellung zum Verteidiger. Die Entpflichtung eines Verteidigers ist – von den in § 143 StPO ausdrücklich genannten Gründen abgesehen – dann zulässig, wenn der Zweck der gerichtlich bestellten Verteidigung, dem Besch. einen geeigneten Beistand zu sichern und den ordnungsgemäßen Verfahrensablauf zu gewährleisten, ernsthaft gefährdet ist. Die Grenze für die Begründetheit vorgebrachter Einwände gegen den vom Gericht beigeordneten Verteidiger wird in der Situation der Entpflichtung enger gezogen (vgl. *BVerfG* a.a.O., *NJW* 2001, 3697).

[20] Dem Vors. des zuständigen Spruchkörpers kommt insoweit ein Beurteilungsspielraum zu (vgl. *BGH*, Beschl. v. 15.01.2003 – 5 StR 251/02, *BGHSt* 48, 170 [175] [= StV 2003, 210]). Dabei kann auch das Ziel einer Verfahrenssicherung durch die Verteidigerbestellung berücksichtigt werden. Nicht in jedem Fall, in dem die abstrakte Gefahr einer Interessenkollision besteht, ist der Vors. verpflichtet, die Bestellung eines bestimmten RA zum Verteidiger zu unterlassen oder nachträglich aufzuheben. Zu beachten ist auch, dass ein RA grundsätzlich selbst für die Wahrung seiner beruflichen Pflichten verantwortlich ist (vgl. *BGH* a.a.O., *BGHSt* 48, 174). Er hat im Fall eines tatsächlich bestehenden Interessenkonflikts seinerseits darauf hinzuwirken, dass er nicht zum Verteidiger bestellt oder eine bestehende Bestellung aufgehoben wird.

[21] Der Vors. hat in Fällen, in denen eine Interessenkollision möglich erscheint, regelmäßig Anlass, den Besch. und den als Verteidiger in Betracht gezogenen RA zu dem prozessualen Sachverhalt anzuhören (vgl. *BGH* a.a.O., *SSW-StPO/Beulke*, 2. Aufl., § 143 Rn. 20). Werden bei der Anhörung oder im weiteren Gang des Verfahrens keine Bedenken gegen die Bestellung geäußert oder besondere Gründe dagegen vorgebracht, so kann auch dies dafür sprechen, dass die Entscheidung des Vors. zumindest vertretbar war.

[22] **bb)** Nach diesem Maßstab ist der Anspruch des Angekl. auf wirkungsvolle Verteidigung als Teil des Anspruchs auf ein faires Verfahren nicht verletzt worden.

[23] **(1)** Zwar hat der Vors. der *StrK* es versäumt, den Angekl. unter Mitteilung eventueller Bedenken im Hinblick auf die mit RA M. bestehende Bürogemeinschaft gesondert zu der Frage der Bestellung der RA in Me. zur Verteidigerin anzuhören. Dieses Versäumnis fällt allerdings vorliegend nicht entscheidend ins Gewicht. So hatte der Angekl. die RA in Me. zuvor selbst als Verteidigerin gewählt. Einwendungen gegen ihre Mitwirkung an der Hauptverhandlung wurden in Kenntnis aller Umstände auch nachträglich bis zur Urteilsverkündung nicht erhoben. Somit konnte der Vors. der *StrK* davon ausgehen, dass der Angekl. mit der Bestellung dieser Verteidigerin einverstanden war.

[24] **(2)** Eine Verletzung des Anspruchs des Angekl. auf ein faires Verfahren folgt auch nicht daraus, dass die Bestellung von RA in Me. zur Verteidigerin aufrechterhalten wurde, obwohl sie durch die Bürogemeinschaft mit dem Nebenklagevertreter RA M. dem Risiko einer Interessenkollision ausgesetzt war (vgl. *Senat*, Urt. v. 11.06.2014 – 2 StR 489/13, *NStZ* 2014, 660 [662 ff.]). Allein daraus ist nicht abzuleiten, dass der Angekl. nicht wirksam verteidigt wurde.

[25] Ihm standen im Verlauf der Hauptverhandlung zwei Strafverteidiger zur Verfügung, von denen stets zumindest einer anwesend war, an den meisten Verhandlungstagen beide zugleich. Wird ein Angekl. durch mehrere RAe verteidigt, ist nur die ununterbrochene Anwesenheit eines dieser Verteidiger erforderlich (§ 227 StPO). Das gilt wegen der rechtlichen Gleichstellung von gewählten und bestellten Verteidigern für beide gleichermaßen (vgl. *BGH*, Urt. v. 30.10.1959 – 1 StR 418/59, *BGHSt* 13, 337 [341]; *LR-StPO/Becker*, 26. Aufl., § 227 Rn. 5, 11). Erst bei Nichtwahrnehmung eines im Einzelfall zwingend erforderlichen Anwesenheitsrechts kann ein Verstoß gegen den Fairnessgrundsatz festgestellt werden. Mehrere gleichzeitig mandatierte Verteidiger können sich – unbeschadet ihrer Selbstständigkeit – die Aufgaben in der Hauptverhandlung teilen (vgl. *Sommer* *StraFo* 2013, 6 ff.). Aus der Abwesenheit eines von mehreren Verteidigern folgt für sich genommen kein Rechtsfehler, auf dem das Urte. generell beruhen würde (vgl. § 338 Nr. 5 StPO). Ein relativer Revisionsgrund (§ 337 Abs. 1 StPO), resultierend aus dem Anspruch auf ein faires Verfahren (Art. 6 Abs. 1 und Abs. 3 lit. c EMRK, Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG), könnte im Fall einer Interessenkollision in der Person des zeitweilig alleine anwesenden Verteidigers allerdings dann gegeben sein, wenn die Abwesenheit des anderen Verteidigers dazu geführt hätte, dass die Verteidigung insgesamt nicht wirksam wäre. Dabei hängt es von den Umständen des Einzelfalls ab, ob die Anwesenheit desselben Verteidigers bei allen Teilen der Hauptverhandlung für eine sachgemäße Durchführung der Verteidigung notwendig ist (vgl. *BGH* a.a.O., *BGHSt* 13, 340).

[26] Vorliegend wird von der Revision nicht geltend gemacht, dass eine Zusammenarbeit der Verteidiger sowie eine Information des zeitweise abwesenden Verteidigers über das zwischenzeitliche Geschehen in der Hauptverhandlung nicht stattgefunden hätten. Der Angekl. wurde maßgeblich durch RA A. verteidigt, den er als Verteidiger gewählt hatte. Dieser war bei der Einlassung des Angekl. zur Sache und während der anfänglichen Beweisaufnahme sowie bei zeitweiliger Abwesenheit auch im weiteren Verlauf der Hauptverhandlung anwesend; insbes. hat er auch den Schlussvortrag gehalten. Anhaltspunkte dafür, dass er den auf die gesamte Beweisaufnahme bezogenen Schlussvortrag,

dem sich RAin Me. lediglich angeschlossen hat, nicht unter Berücksichtigung aller wesentlichen Aspekte halten konnte, liegen nicht vor. Konkrete Hinweise darauf, dass RAin Me. seine Verteidigertätigkeit gestört oder jedenfalls nicht ausreichend durch Informationen über das Geschehen in der Hauptverhandlung während seiner Abwesenheit unterstützt hätte, hat die Revision nicht benannt. Bis zur Urteilsverkündung ist auch von keinem Verfahrensbeteiligten geltend gemacht worden, dass Bedenken gegen die Mitwirkung von RAin Me. als Verteidigerin in der Hauptverhandlung bestünden. In der Gesamtschau ist auszuschließen, dass die Fairness des Verfahrens im Ganzen nicht gewährleistet war. Ein lediglich abstraktes, zu keiner Zeit artikuliertes Misstrauen des Angekl. gegen eine effektive Interessenwahrnehmung durch die gerichtlich bestellte Verteidigerin rechtfertigt unter diesen Umständen nicht die Annahme einer Verletzung des Fairnessgrundsatzes aus der Verfassung (Art. 20 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG) oder der EMRK (Art. 6 Abs. 1 und Abs. 3 lit. c EMRK).

[27] (3) Soweit in der Rspr. des BGH in Einzelfällen die Mitwirkung eines Verteidigers in der Hauptverhandlung wegen eines konkreten Interessenkonflikts als Verfahrensfehler beanstandet wurde, handelte es sich um Fälle, in denen der Angekl. ausschließlich durch diesen RA verteidigt worden war (vgl. BGH, Beschl. v. 15.01.2003 – 5 StR 251/02, BGHSt 48, 170 [171 ff.] [= StV 2003, 210]; Beschl. v. 15.11.2005 – 3 StR 327/05, NStZ 2006, 404 [= StV 2006, 113]; Urt. v. 11.06.2014 – 2 StR 489/13, NStZ 2014, 660 [662 ff.]). In einem Fall, in dem der Angekl. erst im Verlauf der Hauptverhandlung zusätzlich durch einen weiteren von ihm gewählten RA maßgeblich verteidigt worden ist, hat der BGH jedenfalls ausgeschlossen, dass das Urt. auf dem Unterlassen einer Entpflichtung des bestellten Verteidigers trotz Vorliegens eines Interessenkonflikts beruhe (vgl. BGH, Beschl. v. 01.12.2015 – 4 StR 270/15, NStZ 2016, 115 f.). Das würde auch im vorliegenden Fall gelten, wenn nicht bereits das Vorliegen eines Verstoßes gegen den Fairnessgrundsatz verneint würde. [...]

Anmerkung: I. Problemlage. Der Beschluss des 2. Senats wirft im engeren Sinn die Frage auf, ob ein Kammervorsitzender eine Anwältin zur Pflichtverteidigerin bestellen durfte bzw. diese zu entpflichten hatte, weil sie einem evidenten Interessenkonflikt ausgesetzt war. Denn sie befand sich, was gerichtsbekannt war, in einer Bürogemeinschaft mit einem Anwalt, mit dem sie überdies privat liiert war, der jedoch Zeugenbeistand bzw. Opferanwalt auf Staatskosten für einen Verletzten in dem gegen ihren Mandanten geführten Strafverfahren war. In einem weiteren Sinn geht es bei der Entscheidung des 2. Senats um die Problematik der Zulässigkeit bzw. des Erfordernisses der Fremdkontrolle der Verteidigung durch das Tatgericht, wenn Mindeststandards¹ der Strafverteidigung verletzt sind.

Die tatrichterliche Fremdkontrolle ist gewiss überaus heikel, da sie dazu führt, dass ein unabhängiges Organ der Rechtspflege (Verteidiger) durch ein Justizorgan (Tatrichter) kontrolliert werden kann, wobei insbesondere anwaltliche Praktiker die Gefahr einer missbräuchlichen Einflussnahme fürchten. Insofern gibt es Stimmen, die sich gegen jede Form der Fremdkontrolle aussprechen und auch hinsichtlich der konkreten Ausgangsproblematik allein auf die Eigenkontrolle durch den Beschuldigten bzw. seinen Verteidiger abstellen.² Dies war auch die fast einhellige Stimmungslage in der AG 5 auf dem 40. Strafverteidigertag in Frankfurt/M. im

März dieses Jahres.³ Bei einer solchen Betrachtungsweise ist die Wahrung von Mindeststandards der Strafverteidigung allein Sache des Angeklagten und nicht des Staates. Eine Revisionsrüge, die Verteidigung sei unzureichend geführt worden und hätte vom Tatgericht verhindert werden müssen, wäre dann nicht denkbar. In der zugrundeliegenden Entscheidung wurde aber genau dies vom Revisionsverteidiger gerügt: Die Pflichtverteidigerin hätte schon nicht bestellt werden dürfen. Wegen des evidenten Interessenkonflikts hätte der Vorsitzende die Beiordnung jedenfalls zurücknehmen müssen. Da eine Entpflichtung nicht erfolgte, sei der Angeklagte in seinem Recht auf wirkungsvolle Verteidigung verletzt. Diese Revisionsrügen folgen ersichtlich nicht der üblichen »Logik« des Verhältnisses der Strafverteidigung zu Gerichten. Es wird mit ihnen nämlich nicht dafür gekämpft, die Verteidigung vor als unzulässig angesehenen Eingriffen der Gerichte zu bewahren, sondern es wird unterstellt, dass die Gerichte unzureichende Strafverteidigung zu kontrollieren haben und somit aus der unterbliebenen Kontrolle von Mindeststandards der Verteidigung ein revisibler Rechtsverstoß hergeleitet.

Der 2. Senat weist die Rügen als unbegründet zurück. Zu Recht?

II. Rechtsprechung des EGMR und des BGH. 1. Der EGMR hat wiederholt hervorgehoben, dass das Recht auf Strafverteidigung nicht nur formal zu gewähren ist, sondern dass die Strafverteidigung auch tatsächlich erfolgen bzw. sich als wirksam darstellen muss.⁴ Dementsprechend verpflichtet der EGMR die Vertragsstaaten, Sorge dafür zu tragen, dass das Recht des Beschuldigten, sich selbst zu verteidigen oder den Beistand eines Verteidigers seiner Wahl zu erhalten (Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK), tatsächlich garantiert wird. Der Gerichtshof wählt dabei einen Prüfungsmaßstab, der sich daran ausrichtet, ob der Grundsatz des fairen Verfahrens gewahrt wurde.⁵ Dafür reicht es nicht aus, wenn die Verteidigungsgrundrechte nur auf dem Papier stehen. Der Staat genügt seiner Pflicht zur Gewährleistung eines fairen Verfahrens nicht schon dadurch, dass in Fällen notwendiger Verteidigung ein Pflichtverteidiger bestellt wird, sondern er muss auch dafür sorgen, dass die Pflichtverteidigung tatsächlich wirksam ist.⁶ Auch wenn »die Führung der Verteidigung im Wesentlichen dem Angeklagten und seinem Rechtsanwalt obliegt«,⁷ sind die staatlichen Behörden dann zum Eingreifen verpflichtet, »wenn das Versagen des Pflichtverteidigers of-

1 Zum Thema »Mindeststandards« vgl. Barton StraFo 2015, 315 (316 ff.); ders., Mindeststandards der Strafverteidigung, in: Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), 40. Strafverteidigertag (Tagungsband; erscheint demnächst).

2 In der Entscheidung des 2. Senats werden dabei MAH Strafverteidigung-Müller/Leiner, § 39 Rn. 119 sowie MAH Strafverteidigung-von Stetten, § 16 Rn. 46 zitiert.

3 Siehe dazu die in StV 2016, 400 dokumentierten Beschlüsse. Eine satirische Darstellung der Diskussion in der Arbeitsgruppe aus der Sicht eines »Verurteilungsbegleiters« gibt Annohn (Pseud.) HRRS 2016, 253 ff.

4 So der EGMR bspw. im Fall Artico (faktische Untätigkeit), EuGRZ 1980, 662 (664 f.); Fall Goddi (Nichtführung der Verteidigung), EuGRZ 1985, 234 (236 f.); Fall Daud (fehlende Vorbereitungszeit bei Verteidigerwechsel im laufenden Verfahren), ÖJZ 1999, 198 (199); Fall Czekalla (inhaltlich schwerwiegend mangelhafte Tätigkeit), NJW 2003, 1229 (1230 f.).

5 Demko HRRS 2006, 250.

6 EGMR NJW 2003, 1229 (1230).

7 EGMR (Fn. 6).

fenkundig ist oder wenn die Behörden in anderer Weise ausreichend davon unterrichtet werden.«⁸

2. Auch der *BGH* verlangt in engen Grenzen eine Kontrolle der Mindeststandards der Strafverteidigung. Er leitet konkrete Pflichten zum staatlichen Eingreifen primär aus dem Gedanken der notwendigen Verteidigung ab. Gem. § 140 StPO genüge es nicht, dass der Verteidiger nur bestellt werde; die Vorschrift verlange seine »Mitwirkung«.⁹ Die Pflicht des Tatrichters, zu kontrollieren, ob der Verteidiger auch tatsächlich mitwirkt, stößt in der Rechtsprechung des *BGH* aber auf ein starkes Gegenprinzip, das der *BGH* nicht selten dominieren lässt, wenn in Revisionsbegründungen unzureichende Verteidigungsdienstleistungen gerügt werden. Der *BGH* betont nämlich, dass

»das Gericht [...] regelmäßig nicht verpflichtet [sei], die Tätigkeit eines Verteidigers daraufhin zu überwachen, ob er seine Verteidigertätigkeit ordnungsgemäß erfüllt.«¹⁰

Je nachdem, ob der *BGH* das Prinzip (erforderliche Kontrolle der Mitwirkung) oder das Gegenprinzip (regelmäßig keine Kontrolle der Verteidigertätigkeit) betont, ergeben sich die konkreten Entscheidungen. Dabei lassen sich nur drei Fallgruppen herausarbeiten, in denen der *BGH* überhaupt einmal Kontrollpflichten im Hinblick auf unzureichende Strafverteidigung bejaht hat. Das sind erstens Fälle fehlender Vorbereitung des Verteidigers im Zusammenhang mit Verteidigerwechseln während laufender Verfahren, zweitens Fälle der Nichtführung der Verteidigung und drittens evidente Interessenkonflikte zwischen Anwalt und Mandant.¹¹ Um die letztgenannte Fallgruppe geht es auch in der vorliegenden Senatsentscheidung. Werfen wir einen Blick darauf, wie der 2. Senat hier die Gewichtungen von Prinzip und Gegenprinzip vornimmt.

III. Beiordnung und fehlende Anhörung. Wenngleich der 2. Senat dies nicht ausdrücklich thematisiert, geht er offensichtlich davon aus, dass sich die Anwältin in einem konkret manifestierten Interessenkonflikt befand, da sie in Bürogemeinschaft mit einem Anwalt praktizierte, der als Opferanwalt Interessen vertrat, die denen des Beschuldigten zuwiderliefen. Gleichwohl verneint der Senat einen durchgreifenden Rechtsfehler, da der Angeklagte nicht in seinem Anspruch auf wirkungsvolle Verteidigung verletzt sei. Der Senat leitet dieses Ergebnis inhaltlich maßgeblich daraus ab, dass die unterbliebene Anhörung des Angeklagten vor Bestellung der Pflichtverteidigerin zwar ein »Versäumnis« darstelle, das aber »nicht entscheidend ins Gewicht« falle, weil der Angeklagte die Rechtsanwältin »zuvor selbst als Verteidigerin gewählt« habe. Und weiter:

»Einwendungen gegen ihre Mitwirkung wurden in Kenntnis aller Umstände auch nachträglich bis zur Urteilsverkündung nicht erhoben. Somit konnte der Vorsitzende davon ausgehen, dass der Angeklagte [...] mit der Bestellung dieser Verteidigerin einverstanden war.«

Diese Entscheidungsbegründung erweist sich in mehrfacher Hinsicht als problematisch. Sie enthält zunächst einmal eine offensichtliche Lücke, da der Senat nicht würdigt, ob die Bestellung der Pflichtverteidigerin trotz des Interessenkonflikts nicht schon einen durchgreifenden Rechtsfehler aufweist. Nach der Rechtsprechung des *BVerfG* und des *BGH* hätte das nahe gelegen. So hat das *BVerfG* entschieden:

»Die Fürsorgepflicht gegenüber dem Beschuldigten wird es dem Vorsitzenden regelmäßig verbieten, einen Pflichtverteidiger zu bestellen, der die Verteidigung wegen eines Interessenkonflikts möglicherweise nicht mit vollem Einsatz führen kann.«¹²

Der 5. Strafsenat des *BGH* hat gefordert:

»Dementsprechend trifft den Vorsitzenden eine Fürsorgepflicht gegenüber dem Beschuldigten, die ihn hindern muss, einen Verteidiger zu bestellen, der die Verteidigung wegen eines Interessenkonflikts möglicherweise nicht mit vollem Einsatz führen kann.«¹³

Statt zu prüfen, ob nicht vorliegend ein Interessenkonflikt gegeben war, der es dem Vorsitzenden verboten hätte, die Anwältin zur Pflichtverteidigerin zu bestellen, fragt der 2. Senat direkt danach, ob sich die unterbliebene Anhörung als eigenständiger Rechtsfehler darstellt – und verneint dies. Dass ein solches Versäumnis für sich allein schon einen Rechtsfehler darstellt, hat die Rechtsprechung wiederholt hervorgehoben.¹⁴ Der 2. Senat setzt sich – ohne Auseinandersetzung mit dieser entgegenstehenden Judikatur – darüber hinweg, indem er darauf abstellt, der Angeklagte habe zuvor die Anwältin selbst gewählt und auch nachträglich bis zur Urteilsverkündung keine Einwände dagegen erhoben. Diese Argumentation geht am konkreten Problem vorbei. Richtig wäre es gewesen, die unterbliebene Anhörung des Angeklagten als zusätzlichen Rechtsverstoß zu werten, der die fehlerhafte Beiordnung noch verstärkt. Stattdessen wird in der Argumentation des 2. Senats aus dem zusätzlichen Rechtsfehler ein relativierender Faktor insofern, als sich der Angeklagte mit der Bestellung der Verteidigerin einverstanden zeigte. Letzteres offenbart einen geradezu blinden Fleck für Fragen der Fremdkontrolle der Verteidigung. Zur Debatte stand die Frage unterbliebener Fremdkontrolle (Fehler des Vorsitzenden durch die Beiordnung); der 2. Senat zieht aber Gedanken der Eigenkontrolle (keine Prozesshandlungen des Angeklagten oder Verteidigers, die die Beiordnung rügten) heran, um die Rechtsfrage zu klären. Das Einverständnis des Angeklagten mit der Beiordnung bzw. dagegen unterbliebene Einwände sind für die Bewertung der Fremdkontrolle nicht maßgeblich.¹⁵ Halten wir fest: Die Beiordnung der Pflichtverteidigerin war, da sie sich in einem Interessenkonflikt befand, fehlerhaft. Die unterbliebene Anhörung vor der Bestellung der Anwältin hat diesen Rechtsfehler noch ver-

8 EGMR (Fn. 6); dem *EGMR* folgen Europäisches Parlament, Rat und Kommission. Gemäß Richtlinie 2013/48/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 22.11.2013, Nr. 25, sollen die Mitgliedsstaaten nämlich sicherstellen, dass der Rechtsbeistand verdächtigter und beschuldigter Personen »anwesend ist und effektiv teilnimmt, wenn sie durch die Polizei oder eine andere Strafverfolgungs- oder Justizbehörde befragt werden, auch im Rahmen von Gerichtsverhandlungen«. Und laut Empfehlung der Kommission vom 27.11.2013 zum Recht auf Prozesskostenhilfe in Strafverfahren für Verdächtige und Beschuldigte (2013/C 378/03), Nr. 18, sollen Vorkehrungen getroffen werden, damit die zuständigen Behörden PKH-Anwälte (worunter hier auch Pflichtverteidiger fallen), die keine angemessene rechtliche Unterstützung leisten, ersetzen oder zur Erfüllung ihrer Pflichten anhalten können.

9 BGHSt 13, 337 (343 f.).

10 BGH, Beschl. v. 27.07.2006, 1 StR 147/06, Rn. 24, juris; vgl. ferner BGH, Urt. v. 05.04.2001, 5 StR 495/00, Rn. 7, juris; BGH, Urt. v. 11.07.1995, 1 StR 189/95, Rn. 4, juris.

11 Siehe zu den Fallgruppen im Einzelnen Barton, in: Strafverteidigervereinigungen (Fn. 1).

12 BVerfG StV 1998, 356 (357).

13 BGH StV 1992, 406 (407).

14 BGHSt 48, 170 (172 ff.); BGH StV 1992, 406 (407); StV 2006, 113

15 Vgl. BGH StV 1992, 406 (407), wonach es bei der Bestellung eines Verteidigers nicht allein auf die Entscheidung des Rechtsanwalts ankommt, ob er die Verteidigung übernehmen will oder nicht.

stärkt. Der Vorsitzende hat damit seine aus Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK folgende Pflicht zur Gewährleistung einer in Mindestmaßen wirksamen Verteidigung verletzt.

IV. Unterbliebene Entpflichtung und zweiter Verteidiger. Soweit der 2. Senat prüft, ob der Vorsitzende verpflichtet war, die Verteidigerin abzubestellen, wird dies durchgehend mit der Frage verknüpft, ob und wie es sich auswirken kann, dass der Angeklagte einen weiteren Verteidiger gewählt hatte und dieser während wesentlicher Teile der Hauptverhandlung anwesend war. Gefragt wird also, ob ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK darin gesehen werden kann, dass an mehreren Sitzungstagen allein die Pflichtverteidigerin anwesend war, nicht jedoch der gewählte Anwalt. Unter dem Gesichtspunkt der erforderlichen Fremdkontrolle hätte zwar eine Zuspitzung dieser Frage auf die Problematik des zweiten Verteidigers nicht nahegelegen, denn die Bestellung war – richtig gesehen – fehlerhaft (s.o. III.) und hätte korrigiert werden müssen. Jedenfalls an den Tagen, an denen die bestellte Pflichtverteidigerin alleiniger Beistand des Angeklagten war, war dessen Recht auf eine wirksame Verteidigung verletzt – denn die Pflichtverteidigerin befand sich in einem Interessenkonflikt. Und wenn ein solcher konkreter Interessenkonflikt vorliegt, darf die Bestellung zum Pflichtverteidiger nicht erfolgen. Anders argumentiert dagegen der 2. Senat: Er stellt darauf ab, dass Verteidiger gem. § 227 StPO ihre Verrichtungen untereinander teilen dürfen. Aus der Abwesenheit eines von mehreren Verteidigern folge für sich genommen kein Rechtsfehler, sondern erst dann, wenn die Abwesenheit des anderen Verteidigers dazu geführt hätte, dass die Verteidigung insgesamt nicht wirksam wäre. Dies hänge von den Umständen des Einzelfalls ab. Bei deren Prüfung verliert der 2. Senat die einzelnen Tage, an denen die Pflichtverteidigerin allein präsent war, aus dem Blick. Er stellt vielmehr auf die Tage ab, an denen der Wahlverteidiger anwesend war und hebt deren Bedeutung hervor. Er betont, dass konkrete Hinweise darauf fehlten, dass die Pflichtverteidigerin die Tätigkeit des Wahlverteidigers gestört oder jenen nicht ausreichend durch Informationen über das Geschehen in der Hauptverhandlung während seiner Abwesenheit unterstützt hätte. Es seien auch bis zur Urteilsverkündung von keinem Verfahrensbeteiligten Bedenken gegen die Mitwirkung der Pflichtverteidigerin geltend gemacht worden. Insofern sei die Fairness des Verfahrens nicht verletzt.¹⁶ Mit dieser Argumentation belegt der Senat erneut, dass er dem Gedanken der Fremdkontrolle der Verteidigung reserviert gegenübersteht. Es kommt für die Fremdkontrolle nämlich nicht maßgeblich darauf an, ob der Beschuldigte oder ein Dritter Bedenken geltend macht, sondern ob der Vorsitzende seiner Pflicht zur Kontrolle genügt hat.¹⁷ Insofern wird auch hier erneut ein Gesichtspunkt, der im Zusammenhang mit der Eigenkontrolle maßgeblich wäre, herangezogen, um das Erfordernis von Fremdkontrolle zu negieren. Dem dürfte es auch geschuldet sein, dass der Senat ausführt, ein

»lediglich abstraktes, zu keiner Zeit artikuliertes Misstrauen des Angeklagten gegen eine effektive Interessenwahrnehmung durch die gerichtlich bestellte Verteidigerin rechtfertigt unter diesen Umständen nicht die Annahme einer Verletzung des Fairnessgrundsatzes.«

Soweit der Senat von einem lediglich *abstrakten* Misstrauen spricht, steht das im Gegensatz zur vorangegangenen Bejahung eines *konkreten* Interessenkonflikts in der Person der

Pflichtverteidigerin. Gemeint sein kann damit erneut nur, dass dieses Misstrauen nicht in der Hauptverhandlung artikuliert wurde. Der Beschuldigte ist also nicht dadurch beschwert, dass entsprechende Rügen fehlerhaft beschieden wurden – er kann aber sehr wohl dadurch in seinen Rechten verletzt sein, dass der Vorsitzende auch ohne vorangegangenen Antrag die gebotene Entpflichtung unterließ.

V. Fazit – mit einem Seitenblick auf OLG Stuttgart StV 2016, 479 m. Anm. Koch (in diesem Heft). Der Entscheidung des 2. Senats kann nicht zugestimmt werden. Die Revisionsrügen der Verteidigung hätten nicht zurückgewiesen werden dürfen. Es lag ein Verstoß gegen Mindeststandards der Strafverteidigung vor; wegen eines evidenten Interessenkonflikts hätte die Beiordnung der fraglichen Anwältin nicht erfolgen dürfen bzw. zurückgenommen werden müssen. Die unterbliebene Anhörung des Beschuldigten vor der Bestellung hat den Rechtsverstoß noch verstärkt. Der Umstand, dass ein zweiter Wahlverteidiger zeitweise in der Hauptverhandlung anwesend war, hat den Rechtsfehler nicht heilen können. Dies wäre nur durch die Bestellung eines anderen Pflichtverteidigers möglich gewesen.

1. Die Entscheidung dürfte auf Zustimmung bei vielen Anwälten stoßen, die rechtsfehlerhafte bzw. sogar missbräuchliche Fremdkontrolle durch Tatgerichte fürchten. Insofern wurde sie auch schon in der AG 5 auf dem 40. Strafverteidigertag als »positives Gegenbeispiel« gegenüber der Entscheidung des OLG Stuttgart herangezogen – gerade auch im Hinblick auf die Ausführungen zur Relevanz eines zweiten Verteidigers. Denn während das OLG Stuttgart grundsätzlich die Anwesenheit der beiden beigeordneten Verteidiger in der Hauptverhandlung erwartet, hebt der 2. Strafsenat hervor, dass Verteidiger ihre Verrichtungen prinzipiell untereinander teilen dürfen. Der 2. Senat bleibt bei seiner Entscheidung damit der üblichen Logik des Verhältnisses von Strafverteidigung zu Gerichten verhaftet. Die Entscheidung zeugt von großer Skepsis gegenüber tatgerichtlicher Fremdkontrolle zwecks Wahrung der Mindeststandards der Strafverteidigung. Statt auf Fremdkontrolle wird auf Eigenkontrolle durch die Verteidigung gesetzt. Dem stimmen sicherlich viele Verteidiger aus Sorge vor rechtsmissbräuchlicher Fremdkontrolle zu; dem entspricht auch die Anmerkung von Koch zu OLG Stuttgart.¹⁸ Er deutet die von ihm angemerkte Entscheidung genau in diesem Sinn, nämlich als einen Konflikt zwischen »engagierter Verteidigung« und missbräuchlich agierendem Gericht, das einen »engagierten Verteidiger« entpflichtet und stattdessen einen konflikt-scheuen Verteidiger beiordnet.

2. Aber, die Frage sei erlaubt: Ist jede Entpflichtung eines Verteidigers wegen fehlender Anwesenheit in der Hauptverhandlung rechtsmissbräuchlich? Oder anders gefragt: Wie engagiert ist ein Verteidiger, der sich zeitgleich an denselben wöchentlichen Sitzungstagen in zwei Großprozessen an zwei

¹⁶ Im Gegensatz zur Vorgängerentscheidung 4 StR 270/15 verneint der 2. Senat dabei nicht nur das Beruhen des Urteils auf dem Verfahrensfehler, sondern schon eine Gesetzesverletzung.

¹⁷ Entscheidend ist deshalb auch nicht, wie Beschuldigter und Verteidiger subjektiv die Güte der Verteidigung einschätzen, sondern ob objektiv dem menschenrechtlichen Erfordernis einer in Mindestmaßen wirksamen Verteidigung genügt wurde.

¹⁸ Koch StV 2016, 482 (in diesem Heft).

weit entfernten Orten beiordnen lässt – und dies nicht nach außen hin kommuniziert? Wird die Effektivität der Verteidigung nicht darunter leiden? Setzt engagierte Verteidigung nicht voraus, über die dafür erforderliche freie zeitliche Kapazität zu verfügen? Soll die Entscheidung darüber allein dem betroffenen Verteidiger vorbehalten bleiben? Gewiss dürfen Verteidiger auch eigene wirtschaftliche Interessen verfolgen. Aber wo enden die gemeinsamen Interessen der gesamten Verteidigerzunft und wo beginnen Partikularinteressen einzelner Verteidiger? Die Frage nach den Mindeststandards und deren Einhaltung verdient insofern eine ernsthafte und differenzierte Beantwortung. Die Revisionsgerichte sind gem. Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK verpflichtet, über die Einhaltung des Rechts des Beschuldigten auf wirksame Verteidigung zu wachen; die Verteidiger und ihre Organisationen sollten die Debatte zum Thema »Fremdkontrolle der Strafverteidigung« intensivieren – und dabei eine Diskussion über ethische Aspekte der Verteidigung nicht scheuen.

Prof. Dr. *Stephan Barton*, Bielefeld.