

nen. Dem Urteil des 1. *Senats* lag dabei ein Prozeßsachverhalten zugrunde, wonach der Vorsitzende entgegen § 142 I 2 StPO dem Beschuldigten keine Gelegenheit zur Bezeichnung eines Rechtsanwalts gab und der Beschuldigte vergeblich die Beordnung eines anderen Verteidigers zu Beginn der Hauptverhandlung beantragte. In der Entscheidung des 5. *Senats* wird als Sachverhalt mitgeteilt, der Vorsitzende habe den Beschuldigten nicht ausdrücklich auf die Möglichkeit hingewiesen, selbst einen Verteidiger zu bezeichnen und er habe einen Pflichtverteidiger ausgewählt, der früher als freier Mitarbeiter in einer anderen Anwaltskanzlei in der gleichen Sache die zivilrechtlichen Interessen Geschädigter vertreten habe. Die Entscheidungen kommen zwar zu unterschiedlichen Ergebnissen – denn einen revisiblen Rechtsverstoß nimmt nur der 5. *Senat* an –, in ihren rechtlichen Grundannahmen stimmen die Entscheidungen jedoch darin überein, daß sie davon ausgehen, bei dem Vorgang der Auswahl des zu bestellenden Verteidigers durch den Vorsitzenden handele es sich um eine Ermessensentscheidung, und Verstöße gegen die Regelung des § 142 I 2 StPO, wonach dem Beschuldigten Gelegenheit gegeben werden soll, einen Verteidiger zu bezeichnen, könnten für sich allein nicht die Revision begründen. Die hinter diesen Übereinstimmungen stehenden Annahmen bezüglich einerseits der rechtlichen Klassifizierung der Auswahlentscheidung des Vorsitzenden und andererseits der rechtlichen Verbindlichkeit der Hinweispflicht (dazu I), der sich aus dem Unterbleiben der Gelegenheit zur Bezeichnung eines Rechtsanwalts ergebenden Rechtsfolgen (dazu II) und dabei speziell auch der revisionsrechtlichen Konsequenzen (dazu III), verdienen eine nähere Betrachtung.

I. Die Rechtsprechung und überwiegende Literatur sehen in dem Akt der Auswahl des zu bestellenden Verteidigers eine Ermessensentscheidung des Vorsitzenden<sup>3</sup>. Hiervon geht auch der 5. *Senat* ausdrücklich, der 1. konkludent aus, indem er die Auswahlentscheidung des Vorsitzenden nur im Hinblick auf Ermessensfehler prüft. Daran ändert überraschenderweise auch nichts, daß der BGH zutreffend den Zweck des durch das StVÄG 1987 eingefügten Satz 2 in § 142 I StPO darin sieht, den verfassungsrechtlich begründeten Anspruch des Beschuldigten auf Beordnung eines Anwalts seines Vertrauens als Pflichtverteidiger sicherzustellen und beide BGH-Entscheidungen insoweit auch auf die entsprechende Begründung des Gesetzentwurfs sowie die Rechtsprechung des BVerfG<sup>4</sup> verweisen. Der vom BGH eingenommene rechtliche Standpunkt ist jedoch fragwürdig. Während man bis zur Neufassung des § 142 I StPO durch das StVÄG 1987 mit guten Gründen die Auswahl durch den Vorsitzenden als eine Ermessensentscheidung ansehen konnte, hat sich durch die Einfügung der Sätze 2 und 3 in den Absatz 1 der Charakter der Auswahlentscheidung grundlegend geändert. Nunmehr ist der ganze Absatz 1 von seinem Satz 3 aus zu interpretieren, mit der Konsequenz, daß der Beschuldigte einen verbindlichen Anspruch auf Bestellung des von ihm bezeichneten Anwalts hat, sofern dem nicht wichtige Gründe entgegenstehen. Die Entscheidung, ob wichtige Gründe vorliegen, stellt jedoch gerade keinen Akt der Ermessensausübung dar, sondern bedeutet eine Konkretisierung eines unbestimmten Rechtsbegriffes<sup>5</sup>. Nur wenn der Beschuldigte in Kenntnis seines Vorschlagsrechts auf die Bezeichnung eines Anwalts verzichtet, hat der Vorsitzende dem Beschuldigten einen Pflichtverteidiger nach pflichtgemäßem Ermessen auszuwählen; nur in diesen Fällen läßt sich mithin noch von einer Ermessensentscheidung sprechen.

Bezüglich des vorzunehmenden Hinweises des Vorsitzenden auf die Möglichkeit zur Bezeichnung eines Anwalts bedeutet dies: Selbst wenn man die Auswahl des zu bestellenden Verteidigers als Ermessensentscheidung ansieht, wäre der Beschuldigte gemäß § 33 StPO, Art. 103 I GG vor der Entscheidung anzuhören<sup>6</sup>. Da der Beschuldigte nunmehr aber gemäß § 142 I 3 StPO einen grundsätzlich verbindlichen Anspruch auf Bestellung des

### Anmerkung

von Dr. Stephan Barton, Bremen

Das Urteil des 1. *Strafsenats* des BGH<sup>1</sup> wie der Beschluß des 5. *Strafsenats*<sup>2</sup> nehmen Stellung zu der für die Praxis wichtigen Frage, inwieweit Fehler des Vorsitzenden bei der Auswahl des zu bestellenden Pflichtverteidigers die Revision begründen kön-

<sup>1</sup> Vorangehend abgedruckt auf S. 406.

<sup>2</sup> Vorangehend abgedruckt auf S. 406.

<sup>3</sup> Ständige Rechtsprechung; vgl. aus der Kommentierung Klein-knecht/Meyer/Meyer-Göbner, 40. Aufl., § 142 Rdnr. 3; KK-Laufhütte, 2. Aufl., § 142 Rdnr. 7; LR-Lüderssen, 24. Aufl., § 142 Rdnr. 13.

<sup>4</sup> Daraus, daß BVerfGE 9, 36/38 bzw. 39, 238/243 die Auswahlentscheidung des Vorsitzenden als Ermessensentscheidungen charakterisieren, kann natürlich nichts hergeleitet werden. Denn diese Entscheidungen ergingen zum alten Rechtszustand, der durch das StVÄG 1987 beendet wurde.

<sup>5</sup> So auch KMR-Müller § 142 Rdnr. 1 und 9.

<sup>6</sup> Vgl. LR-Lüderssen § 142 Rdnr. 12 und 15 f. mit Rechtsprechungsnachweis.

von ihm bezeichneten Verteidigers hat, erwächst hieraus erst recht eine zwingende Pflicht des Vorsitzenden zur Informierung des seine Rechte nicht kennenden Beschuldigten über die Möglichkeit zur Bezeichnung eines Anwalts. Hiergegen spricht auch nicht die Sollformulierung des § 142 I 2 StPO. Denn erstens kann eine Spezialvorschrift des einfachen Rechts nicht die weitergehende Norm des § 33 StPO und noch weniger den verfassungsrechtlichen Anspruch auf rechtliches Gehör außer Kraft setzen; zweitens handelt es sich – wie die Betrachtung der Begründung des StVÄG 1987 zeigt – bei der Fassung des § 142 I 2 StPO als Sollvorschrift um ein gesetzgeberisches Mißverständnis. Als Begründung wurde nämlich angegeben:

»Da es Verfahrenslagen geben kann, in denen die sofortige Bestellung eines Pflichtverteidigers dringlich und deshalb die mit einer Fristsetzung verbundene Aufforderung unzweckmäßig ist oder in denen aus anderen Gründen erkennbar ist, daß der Beschuldigte keinen Vorschlag machen wird, ist Satz 2 als Sollvorschrift ausgestaltet.«<sup>7</sup>

Müller hat aufgezeigt, daß diese Gesetzesbegründung verkennt, daß auch bei einer Ausgestaltung der Hinweispflicht mit zwingendem Wortlaut bei *Dringlichkeit* analog § 33 IV und § 33a StPO zu verfahren, in den übrigen Fällen der *Schutzzweck* des § 142 I 2 StPO bereits erreicht und aus diesem Grund die Vorschrift dann schon nicht mehr zu befolgen wäre<sup>8</sup>. Daraus folgt, daß entsprechend den gesetzgeberischen Intentionen der Beschuldigte einen verbindlichen Anspruch auf einen Hinweis über seine Rechte hat, von dem der Vorsitzende rechtsfehlerfrei nur dann absehen darf, wenn die Bestellung eilbedürftig oder ein Hinweis unzweckmäßig ist, weil erkennbar ist, daß der Beschuldigte einen bestimmten Anwalt wünscht oder auf sein Recht zur Bezeichnung verzichtet<sup>9</sup>.

II. Der 1. und ihm nachfolgend der 5. *Strafsenat* des BGH kommen aufgrund der unzutreffenden Einschätzung des Aktes der Auswahl des zu stellenden Verteidigers durch den Vorsitzenden als Ermessensentscheidung dazu, in der unterlassenen Hinweispflicht des Vorsitzenden für sich allein keinen revisiblen Rechtsfehler zu erblicken. Vielmehr stellen sie darauf ab, ob ungeachtet eines Verstoßes gegen § 142 I 2 StPO die »Ermessensentscheidung« des Vorsitzenden fehlerhaft war.

1. Der 1. *Senat* hält die Entscheidung des Vorsitzenden für ermessensfehlerfrei und begründet dies damit, der Beschuldigte habe nichts dafür vorgetragen, daß er zu dem bestellten Pflichtverteidiger nicht das nötige Vertrauen habe. Aus dem Umstand, daß der Beschuldigte erst zu Beginn der Hauptverhandlung einen Antrag auf Bestellung eines anderen Pflichtverteidigers gestellt habe, nicht aber sofort im Anschluß an die Mitteilung über die Beiordnung (des nicht erwünschten) Verteidigers bzw. nach einem Gespräch mit dem Vertrauensanwalt, folgert der BGH zudem, daß der »tatsächliche Geschehensablauf« eher für das notwendige Vertrauen zum bestellten Verteidiger spreche und daß im übrigen der Vorsitzende unter Hinweis auf das Beschleunigungsgebot den Antrag auf Bestellung eines anderen Verteidigers ermessensfehlerfrei ablehnen konnte. Der Umstand des ohne jeden Grund unterbliebenen Hinweises auf die Möglichkeit der Bestellung eines zu bezeichnenden Verteidigers findet bei dieser Prüfung des BGH überhaupt keine Erwähnung. Es scheint, daß für den BGH der Verstoß gegen § 142 I 2 StPO keine Rechtsfolgen auslösen kann. Der Hinweis auf die Möglichkeit der Bezeichnung eines Anwalts wird so zum bloßen *nobile officium*, zur irrevisiblen »Ordnungsvorschrift«. Ob der Vorsitzende § 142 I 2 StPO beachtet oder nicht, spielt bei der Argumentation des 1. *Senats* für die Prüfung der Ermessensfehlerfreiheit der Auswahlentscheidung keine Rolle. Bei einer solchen Betrachtungsweise hätte sich für den BGH die Behandlung der Frage eines Widerspruches zu der vom BGH selbst vorgenommenen verfassungsrechtlichen Charakterisierung des § 142 I 2 StPO (Anspruch auf Beiordnung des Anwalts des Vertrauens) aufdrängen müssen, diese bleibt aber ebenso wie der Umstand der Verletzung des rechtlichen Gehörs<sup>10</sup> unerörtert.

Gesetzgeberische Intention und verfassungsrechtlicher Anspruch des Beschuldigten auf Beiordnungen des Anwalts des Vertrauens laufen damit leer.

Der BGH erörtert ebenfalls nicht, inwieweit die von ihm vertretene Auffassung zu § 142 I 2 StPO mit der gefestigten Rechtsprechung der OLG, die im Zusammenhang mit Beschwerden gegen Auswahlentscheidungen durch Vorsitzende entstanden ist, zu vereinbaren ist. Die OLG behandeln Verstöße gegen § 142 I 2 StPO nämlich keinesfalls als folgenlos, sondern heben nicht nur Auswahlentscheidungen von Vorsitzenden, die infolge des unterbliebenen<sup>11</sup>, eines mit zu kurzer Fristbemessung versehenen<sup>12</sup> oder eines inhaltlich unzureichenden<sup>13</sup> Hinweises ergangen sind, regelmäßig auf, sondern knüpfen sogar weiterreichende Rechtsfolgen an das Faktum des Verstoßes gegen § 142 I 2 StPO, wie beispielsweise die Annahme von Befangenheit des Vorsitzenden<sup>14</sup>.

Doch selbst dann, wenn man dem BGH in dessen Grundannahme folgen sollte, daß es sich bei der Auswahl des zu stellenden Pflichtverteidigers um eine Ermessensentscheidung handle, erscheint das vom 1. *Strafsenat* gefundene konkrete Ergebnis keinesfalls überzeugend oder auch nur konsequent. Vielmehr würde aus einem nicht gerechtfertigten Absehen von der Hinweispflicht regelmäßig ein Ermessensfehler folgen, was sich auch im konkreten Fall bestätigt: Dadurch, daß der Vorsitzende ohne rechtlich anerkanntenswerten Grund davon abgesehen hat, den Beschuldigten auf das Recht hinzuweisen, einen Anwalt zu bezeichnen, hat der Vorsitzende nicht in seine Entscheidungsfindung einbeziehen können, zu welchem Verteidiger der Beschuldigte ggf. ein besonderes Vertrauensverhältnis aufwies. Da diejenigen, die die Auswahlentscheidung des Vorsitzenden als Ermessensausübung ansehen, davon ausgehen, daß hierbei der Vorsitzende den »doppelten Zweck der Pflichtverteidigung zu berücksichtigen (habe), einerseits dem Beschuldigten einen geeigneten Beistand zu sichern, andererseits den ordnungsgemäßen Verfahrensablauf zu gewährleisten«<sup>15</sup>, folgt aus der unterlassenen Berücksichtigung des Wunsches des Beschuldigten, daß der Gesichtspunkt des geeigneten Beistands nicht ausreichend in die Entscheidung einbezogen werden konnte. Denn ein geeigneter Beistand ist sicherlich ein Verteidiger, zu dem der Beschuldigte Vertrauen hat, und umgekehrt ist ein Anwalt, zu dem der Beschuldigte weniger Vertrauen hat, als weniger geeignet anzusehen. Doch war nicht nur die tatsächliche Beurteilungsgrundlage bei der Auswahlentscheidung unzureichend: Spätestens als der Beschuldigte erklärte, er wünsche die Verteidigung durch einen von ihm bezeichneten Verteidiger, entstand wegen des vorangegangenen pflichtwidrigen Unterlassens des gebotenen Hinweises nach § 142 I 2 StPO für den Vorsitzenden aus dem Gesichtspunkt der Ingerenz ein reduzierter Ermessenspielraum. Im Ergebnis führt dies dazu, sein Ermessen auf Null<sup>16</sup> geschrumpft anzusehen, mit der Folge, daß er den bezeichneten Anwalt zum Pflichtverteidiger hätte bestellen müssen.

2. Der 5. *Senat* hält in dem von ihm zu entscheidenden Fall die Pflichtverteidigerauswahl des Vorsitzenden für ermessensfehlerhaft. Die Frage, ob der Vorsitzende gegen § 142 I 2 StPO dadurch verstoßen habe, daß er diesen nur aufgefordert habe zu

<sup>7</sup> BT-Dr. 10/1313 S. 20.

<sup>8</sup> KMR-Müller § 142 Rdnr. 9.

<sup>9</sup> KMR-Müller § 142 Rdnr. 1 und 9.

<sup>10</sup> Vgl. hierzu *Schlothauer* StV 1981, S. 448.

<sup>11</sup> *OLG Stuttgart* StV 1990, 55 sogar für den Fall der Beiordnung eines zweiten Pflichtverteidigers.

<sup>12</sup> *OLG Düsseldorf* StV 1990, 536.

<sup>13</sup> *OLG Hamm* StV 1987, 478.

<sup>14</sup> *BayObLG* StV 1988, 97; so auch der BGH – 2. *Strafsenat* – in StV 1990, 241 zu einem Fall fehlerhafter Zurücknahme der Pflichtverteidigerbestellung.

<sup>15</sup> *Kleinknecht/Meyer-Göfner* § 142 Rdnr. 3.

<sup>16</sup> Vgl. zur Ermessensreduzierung auf Null bei der Auswahl des Pflichtverteidigers – zum alten Rechtszustand – *Schlothauer* StV 1981, S. 450.

erklären, »ob er einen Verteidiger bestellt habe«, nicht aber auf die Möglichkeit der Bezeichnung eines Anwalts hingewiesen und damit einen unzureichenden Hinweis auf die Möglichkeit zur Bezeichnung eines Anwalt gegeben habe, läßt der 5. Senat allerdings offen, weil er in Übereinstimmung mit dem 1. Senat hieraus keine revisionsrechtlichen Rechtsfolgen für ableitbar hält. Statt dessen stellt der Senat darauf ab, daß der Vorsitzende einen Verteidiger ausgewählt hat, der durch vorangegangene Tätigkeit für Geschädigte in einem möglichen Interessengegensatz zum Beschuldigten gestanden hätte. Es entspricht der übereinstimmenden Meinung in Rechtsprechung und Kommentierung, daß ein Verteidiger, der aufgrund vorangegangener Tätigkeit in einen möglichen Interessenwiderstreit verstrickt ist, nicht zum Pflichtverteidiger bestellt werden darf<sup>17</sup>. Dem 5. Senat ist insofern vor dem Hintergrund der vorgenommenen Prüfung auf Ermessensfehler darin zuzustimmen, daß die Beiordnung eines in einem Interessenwiderstreit befindlichen Anwalts fehlerhaft ist. Mehr noch: Ein zutage tretender Interessenwiderstreit könnte sogar einen wichtigen Grund im Sinne des § 142 I 3 StPO bilden, nicht den vom Beschuldigten gewünschten Anwalt zum Pflichtverteidiger zu bestellen<sup>18</sup>. Wenn der BGH hier nicht bei seiner Entscheidungsfindung berücksichtigt, daß der Beschuldigte keinen anderen Verteidiger in der Hauptverhandlung bezeichnete und offenbar auch keine konkrete Situation eines Parteiverrats oder eines gestörten Vertrauensverhältnisses vorlag, kommt damit zum Ausdruck, daß er vorliegend schon aufgrund des möglichen Interessenwiderstreites eine »Ermessensreduzierung des Vorsitzenden auf Null« annahm, die eine Bestellung dieses Verteidigers zwingend ausschloß. Angesichts dessen ist das zusätzliche Abstellen des Senats auf den Gesichtspunkt der prozessualen Fürsorgepflicht zweifelhaft und auch für die eigene Argumentation entbehrlich. Wenn überhaupt, kann dieser Grundsatz nur dort zum Tragen kommen, wo es an ausdrücklichen gesetzlichen Regelungen fehlt; diese sind aber vorliegend gerade mit dem § 142 I StPO gegeben.

3. Nach der hier vertretenen Auffassung kann der Begründung der beiden Entscheidungen des BGH nicht gefolgt werden. Danach wäre darauf abzustellen, ob der Vorsitzende dem Beschuldigten den von ihm bezeichneten Anwalt bestellt hat, und wenn nicht, ob dies durch einen wichtigen Grund im Sinne des § 142 I 3 StPO gerechtfertigt war. Ist ein Verteidiger vom Beschuldigten nicht bezeichnet worden, weil ihm keine Gelegenheit gegeben wurde, einen solchen zu bezeichnen, ist das grundsätzlich gleich zu bewerten wie der Fall, in dem ohne wichtigen Grund der bezeichnete Rechtsanwalt nicht bestellt wurde. In beiden Konstellationen wird der auch verfassungsrechtlich begründete Anspruch des Beschuldigten auf Beiordnung eines Anwalts seines Vertrauens unterlaufen. Dies muß jedenfalls solange gelten, wie entweder der Vorsitzende auf den Hinweis nicht gerechtfertigt verzichten konnte (namentlich weil der Beschuldigte schon von sich aus einen bestimmten Verteidiger gewünscht hat oder erkennbar war, daß der Beschuldigte keinen Verteidiger vorschlagen werde) bzw. die Auswahlentscheidung des Vorsitzenden vom Beschuldigten akzeptiert wird, der Verstoß gegen § 142 I 2 StPO also geheilt wird. Der Beschuldigte kann ein mögliches Einverständnis mit der Auswahlentscheidung des Vorsitzenden ausdrücklich oder konkludent erklären

und damit im nachhinein die Auswahlentscheidung des Vorsitzenden rechtfertigen. Ein Einverständnis scheidet aber dann aus, wenn der Beschuldigte der Auswahl widerspricht und einen anderen Anwalt bezeichnet. Findet der Beschuldigte dagegen Vertrauen zu dem beigeordneten Verteidiger und wünscht er keinen anderen, bleibt es zwar bei dem formalen Verstoß gegen die Hinweispflicht des Vorsitzenden, doch ist damit der Beschuldigte in seiner Rechtsposition materiell nicht als beeinträchtigt anzusehen.

Was den Zeitpunkt des Widerspruchs des Beschuldigten betrifft, so ist es verfehlt, wenn hier – wie vom 1. Senat ausgeführt – gefordert wird, daß der Beschuldigte gleich im Anschluß an die Mitteilung der Beiordnung eines Pflichtverteidigers eine entsprechende Erklärung abgeben müßte. Denn es besteht für ihn keine Rechtspflicht oder Obliegenheit, gegen die fehlerhafte Entscheidung des Vorsitzenden unverzüglich anzugehen. Vielmehr kann er von Rechts wegen erst einmal prüfen, ob der beigeordnete Verteidiger ihm geeignet erscheint oder ggf. auch Kontakt zu einem anderen Anwalt aufnehmen oder sonstwie abwarten. Bis zu dem Zeitpunkt, in dem der Beschuldigte ggf. erklärt, er sei mit der Auswahlentscheidung des Vorsitzenden einverstanden, wirkt der Verfahrensverstoß des Vorsitzenden fort. Bis dahin ist die Auswahlentscheidung nur *schwebend wirksam*<sup>19</sup>, wobei die Unwirksamkeit spätestens dann eintritt, wenn der Beschuldigte die Beiordnung anfecht.

Ein Verstoß gegen die Hinweispflicht des § 142 I 2 StPO muß also nicht in jedem Fall dazu führen, daß die Auswahlentscheidung falsch ist; aber umgekehrt begründet ein Unterlassen des Hinweises nun auch nicht die Vermutung rechtlicher Folgenlosigkeit. Zum einen erwächst hieraus eine Pflicht zur nachträglichen Gewährung rechtlichen Gehörs und ggf. zur Abänderung der Auswahlentscheidung. Unterbleibt die vom Beschuldigten gewünschte Bestellung eines anderen Verteidigers, folgt hieraus die Vermutung, daß nicht der Verteidiger des Vertrauens beigeordnet wurde und damit auch ein Verstoß gegen § 142 I 3 StPO vorliegt. Anders ausgedrückt: Bei Unterlassen des gebotenen Hinweises erwächst für die Auswahl treffende bzw. legitimierende Instanz die Begründungs- und Beweislast dafür, daß ein Verteidiger des Vertrauens des Beschuldigten ausgewählt wurde. Es trägt also keinesfalls der Beschuldigte die Beweislast dafür, daß er mit dem vom Vorsitzenden ausgewählten Verteidiger ggf. doch einverstanden war. Im Ergebnis ist damit festzustellen: Im Fall des 1. Senats unterblieb der gebotene Hinweis an den Beschuldigten und wurde dem Beschuldigten nachfolgend nicht der gewünschte Verteidiger bestellt, obwohl dem kein wichtiger Grund im Sinne des § 142 I 3 StPO entgegenstand. Im Fall des 5. Senats wurde fehlerhaft ein Verteidiger vom Vorsitzenden ausgewählt, ohne den Angeklagten inhaltlich zu reichend auf seine Hinweismöglichkeit zu belehren. Auch dieser Verfahrensverstoß wurde nicht geheilt, da der Beschuldigte, als er von der möglichen Interessenkollision erfuhr, diesen (wenn auch erst in der Revision) rügte.

III. Von den Fragen, wie die Auswahlentscheidung des Vorsitzenden und wie ein Verstoß gegen die Hinweispflicht des § 142 I 2 StPO zu klassifizieren sind, ist die revisionsrechtliche Behandlung von Rügen, der Beschuldigte sei nicht durch den gewünschten Anwalt verteidigt worden, zu trennen. Der 5. Senat prüft, nachdem er einen Rechtsfehler des Vorsitzenden bei der Auswahl des zu bestellenden Pflichtverteidigers feststellen konnte, die revisionsrechtlichen Konsequenzen zutreffend nicht unter dem Gesichtspunkt des absoluten Revisionsgrundes des § 338 Nr. 5 StPO, da ein Verteidiger in der Sitzung anwesend war und die Verteidigung auch führte<sup>20</sup>. Revisionsrügen im Zusammenhang mit der Auswahl des Pflichtverteidigers durch den Vorsitzenden sind entsprechend den vorangegangenen Ausführungen in den folgenden Konstellationen als begründet anzusehen: Wenn der Vorsitzende ohne Rechtsgrund vom Vorschlag des Beschuldigten abgewichen ist

<sup>17</sup> OLG Koblenz NJW 1980, 1058; Kleinknecht/Meyer/Meyer-Göfner § 142 Rdnr. 3.

<sup>18</sup> Allerdings – worauf der BGH zutreffend hinweist – kann eine solche Konstellation nicht die Zurückweisung eines Wahlverteidigers begründen; so auch OLG Düsseldorf StV 1991, 251.

<sup>19</sup> Zur Klarstellung: Diese Charakterisierung bezieht sich ausschließlich auf das »Rechtsgeschäft« der Bestellung des Pflichtverteidigers, etwaige Prozeßhandlungen des bestellten Verteidigers werden wegen einer späteren Aufhebung der Bestellung nicht nachträglich ungültig oder unwirksam.

<sup>20</sup> Unzutreffend insofern OLG Koblenz, NJW 1980, 1058, das für den Fall eines Interessenwiderstreites den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO bejaht.

(Fall des § 142 I 3 StPO); wenn der Vorsitzende den gebotenen Hinweis auf die Möglichkeit zur Bezeichnung eines Anwalts ohne entsprechende Rechtfertigung unterlassen hat und der Verstoß nicht nachfolgend durch Einverständnis des Beschuldigten geheilt wurde (Fall des § 142 I 2 i. V. m. § 142 I 3 StPO) oder wenn der Vorsitzende bei einer Auswahl des Beschuldigten im Rahmen seines Ermessens (dort also, wo der Beschuldigte auf die Bezeichnung eines Anwalts verzichtete) einen ungeeigneten Verteidiger auswählte. Dabei muß das Urteil jeweils auf dem Rechtsfehler beruhen können, was allerdings kaum einmal auszuschließen sein dürfte. Insofern handelt es sich bei Rechtsverletzungen im Zusammenhang mit der Auswahl des Pflichtverteidigers um »quasi«-absolute Revisionsgründe.

IV. Insgesamt kann der Entscheidung des 1. *Senats* sowohl im Ergebnis, wie auch in der Begründung nicht gefolgt werden, der Entscheidung des 5. *Senats* ist dagegen im Ergebnis zuzustimmen. Die von beiden *Senaten* geteilte Annahme, daß der unterbliebene Hinweis auf die Möglichkeit zur Bezeichnung eines Anwalts revisionsrechtlich folgenlos bleiben muß, ist strafprozessual verfehlt und wirft die Frage nach der Vereinbarkeit mit dem Verfassungsrecht und der MRK auf. Es ist zu hoffen, daß diese Entscheidungen des *BGH* den Gerichten nicht Veranlassung geben werden, zukünftig Beschwerden im Zusammenhang mit der Auswahl des Pflichtverteidigers restriktiver zu handhaben, als das bisher der Fall war. Für ein »Roll-back« der Rechtsprechung hinter die gesetzgeberische Motivation, die zur Einführung der Sätze 2 und 3 in den Absatz 1 des § 142 StPO führten, gibt es kein begründbares Bedürfnis und keine Rechtsgrundlage.