

4 **3. Gesetzlicher Vertreter.** Neben dem Beschuldigten kann auch dessen gesetzlicher Vertreter einen Verteidiger wählen (§ 137 Abs. 2), im Jugendstrafverfahren der Erziehungsbeauftragte (§ 67 Abs. 3 JGG). Der Begriff gesetzlicher Vertreter ist nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts auszulegen. Bei Minderjährigen nehmen beide Eltern die Vertretung in Gesamtvertretung wahr (BGHSt. 22, 103 = NJW 1968, 950). Das Recht des Beschuldigten, selbst einen Verteidiger zu wählen, wird dadurch nicht berührt (OLG Schleswig NJW 1981, 1681); denn im Strafprozeß kommt es nicht auf seine Prozeßfähigkeit im Sinne der §§ 51 ff. ZPO, vielmehr ausschließlich auf seine Verhandlungsfähigkeit an, nämlich auf seine Fähigkeit, der Verhandlung zu folgen, die Bedeutung des Verfahrens und seiner einzelnen Akte zu erkennen und sich sachgemäß zu verteidigen (BGH 19. 2. 1976, 2 StR 585/73, insoweit nicht abgedruckt in BGHSt. 26, 284; Beschl. v. 21. 11. 1978, 3 StR 416/78 [S]). Der verhandlungsfähige, bürgerlichrechtlich nicht rechtsfähige Beschuldigte kann sich allerdings nicht zu einer Honorarzahlung an den gewählten Verteidiger verpflichten (OLG Schleswig NJW 1981, 1681). Scheitert daran die Verteidigerbestellung, so ist ihm unter den Voraussetzungen des § 140 ein Verteidiger beizuordnen.

5 **4. Verteidigerwahl durch Beschuldigten und gesetzlichen Vertreter.** Die Zahl drei darf auch dann nicht überschritten werden, wenn der Beschuldigte und selbständig sein gesetzlicher Vertreter Verteidiger wählen. Nach Abs. 2 S. 2 gilt Abs. 1 S. 2 entsprechend, wenn der gesetzliche Vertreter einen Verteidiger wählt. Das könnte dahin ausgelegt werden, daß der Beschuldigte und sein gesetzlicher Vertreter berechtigt sind, je drei Verteidiger zu wählen. Dies widerspricht jedoch den Zielen des Gesetzes (siehe *Kleinknecht/Meyer-Goßner* RdNr. 10; aM *Lüderssen* LR § 137 RdNr. 75; *Dünnebiel* NJW 1976, 1). Die Regelung darf jedoch nicht dazu führen, daß der Beschuldigte überhaupt keinen eigenen Verteidiger wählen kann, weil der gesetzliche Vertreter den § 137 voll ausschöpft. In solchen Fällen kann der Beschuldigte sich wenigstens einen eigenen Verteidiger wählen. Einer der vom dem gesetzlichen Vertreter gewählten Verteidiger ist dann nach den unter RdNr. 8 ff. dargelegten Grundsätzen zurückzuweisen.

6 **5. Pflichtverteidiger.** Eventuell bestellte Pflichtverteidiger werden nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 137 nicht angerechnet (BayObLG StV 1988, 97; aM *Lüderssen* LR § 137 RdNr. 78), wohl aber Verteidiger, die nur mit Genehmigung des Gerichts (§ 138 Abs. 2) tätig werden dürfen (BGH Beschl. v. 14. 11. 1979 MDR 1980, 273, 274 [H.]) oder ausländische Verteidiger.

7 **6.** Für den Fall der **Untervollmacht** vgl. vor § 137 RdNr. 11.

III. Zurückweisung des überzähligen Verteidigers

8 Die Zurückweisung des überzähligen Verteidigers ist durch § 146 a zwingend vorgeschrieben, vgl. dort. Die Prozeßhandlungen des zurückgewiesenen Verteidigers sind und bleiben jedoch wirksam (§ 146 a Abs. 2).

IV. Revision

9 Die **Revision kann nicht darauf gestützt werden**, daß in erster Instanz mehr als drei Wahlverteidiger mitgewirkt haben. Darauf kann das Urteil nicht beruhen. Die ungerechtfertigte Zurückweisung eines Verteidigers führt, soweit sie nicht willkürlich erfolgt ist, nicht zu einer den Angeklagten belastenden Beschränkung der Verteidigung, wenn er anderwärts ordnungsgemäß verteidigt ist (BGHSt. 27, 154, 159 = NJW 1977, 1208; BayObLG NStZ 1988, 281; vgl. im übrigen § 138 RdNr. 18).

Karlsruhe Kommentar, StPO, 4. 12, 1999

§ 138 [Wahlverteidiger]

(1) Zu Verteidigern können die bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwälte sowie die Rechtslehrer an deutschen Hochschulen gewählt werden.

(2) Andere Personen können nur mit Genehmigung des Gerichts und, wenn der Fall einer notwendigen Verteidigung vorliegt und der Gewählte nicht zu den Personen gehört, die zu Verteidigern bestellt werden dürfen, nur in Gemeinschaft mit einer solchen als Wahlverteidiger zugelassen werden.

Übersicht

RdNr.	Übersicht	RdNr.
	I. Deutsche Wahlverteidiger	
1.	Anwendungsbereich.....	1
2.	Zu Abs. 1.....	3, 4
a)	Rechtsanwälte.....	5
b)	Hochschullehrer.....	6
c)	Sonstige als Verteidiger zugelassene Personen.....	6
3.	Zu Abs. 2.....	7-12
	II. Ausländische Rechtsanwälte.....	13
	III. Mandat und Vertretung.....	14-16
	IV. Überprüfung von Gerichtsentscheidungen	
	1. Beschwerde.....	17
	2. Revision.....	18

I. Deutsche Wahlverteidiger

1. Anwendungsbereich. Die Vorschrift betrifft den vom Beschuldigten oder seinem gesetzlichen Vertreter (§ 137 Abs. 2) **gewählten Verteidiger**, nicht den vom Gericht bestellten Pflichtverteidiger. Sie ist in § 140 ergänzt und erfüllt das Gebot von Art. 6 Abs. 3 Buchst. c MRK. Zustande kommt das Verteidigungsverhältnis mit der Annahme der Wahl (§ 148 RdNr. 5).

2. Zu Abs. 1. Zu Verteidigern können nach Abs. 1 die bei einem deutschen Gericht zugelassenen **Rechtsanwälte** sowie die **Rechtslehrer** an deutschen Hochschulen gewählt werden. Der Begriff deutsch ist vor dem 3. 10. 1990 in Abweichung von dem Sprachgebrauch und seiner staatsrechtlichen Bedeutung (vgl. BGHSt. 30, 1 = NJW 1981, 531) im Sinne von „Geltungsbereich dieses Gesetzes“ ausgelegt worden (BGHSt. 8, 194, 200 = NJW 1957, 997, 998). Die damaligen Probleme stellen sich nicht mehr. Durch Art. 21 Abs. 1 des Gesetzes zur Neuordnung des Berufsrechts der Rechtsanwälte und der Patentanwälte vom 2. 9. 1994 (BGBl. I 2278, 2294) ist die BRAO auch in den neuen Bundesländern in Kraft getreten. Nach dem Rechtsanwaltsgesetz der ehemaligen DDR v. 13. 9. 1990 zugelassene Rechtsanwälte sind nach der Bundesrechtsanwaltsordnung zugelassen; Zulassungen bei Gerichten wirken fort.

a) Rechtsanwälte. Jeder bei einem Gericht der Bundesrepublik Deutschland zugelassene **RA** ist als Verteidiger zugelassen. Ist der Beschuldigte RA oder Hochschullehrer, so kann er sich allerdings nicht selbst zum Verteidiger bestellen (vgl. BVerfGE 53, 207, 213; BVerfG NStZ 1988, 282; NStZ 1998, 363). Zulässig ist aber, daß der RA im Revisionsverfahren die Revisionschrift und im Wiederaufnahmeverfahren den Wiederaufnahmeantrag selbst unterschreibt (§§ 345 Abs. 2, 366 Abs. 2; *Kleinknecht/Meyer-Goßner* § 345 RdNr. 13 mwN). Eine Beschränkung für Rechtsanwälte, als Strafverteidiger vor deutschen Gerichten aufzutreten, gibt es im übrigen nur für die bei dem BGH zugelassenen Rechtsanwälte, die grundsätzlich nur vor dem BGH, den anderen obersten Gerichten des Bundes, dem gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe sowie dem BVerfG auftreten dürfen (§ 172 BRAO). Die Revisionseinlegung beim Landgericht und die im Zusammenhang mit der Begründung der Revision vorzunehmenden Handlungen (zB Anfrage nach der Geschäftsverteilung wegen der Begründung einer Besetzungsrüge) gehören schon zur Verteidigung vor dem BGH. Zu den Mehrkosten eines auswärtigen Verteidigers OLG Düsseldorf NStZ 1981, 451; MDR 1987, 79; OLG Köln NJW 1992, 586; *Sommermeyer* NStZ 1990, 269; *Kotz* NStZ 1990, 422 mwN. Zum Anspruch auf Beordnung eines Dolmetschers für Gespräche mit dem Wahlverteidiger vgl. § 140 RdNr. 25.

Nicht zum Verteidiger gewählt werden kann ein RA, dem auf Grund einer von den Strafgerichten oder den Standesgerichten angeordneten Maßnahme (§ 132 a StPO, § 70 StGB, §§ 113, 150 ff. BRAO) die Übernahme der Verteidigung des Beschuldigten verboten ist. Wird ein solcher – noch zugelassener – RA dennoch als Verteidiger gewählt, so sind seine Prozeßhandlungen nicht von vornherein unwirksam. Vielmehr sind hier die zu § 137 bei der Wahl von mehr als drei Verteidigern entwickelten Grundsätze anzuwenden (dort RdNr. 8 ff.). Der Verteidiger ist deshalb von dem Gericht (vgl. zur Zuständigkeit § 137 RdNr. 14) zurückzuweisen (vgl. OLG Celle NStZ 1989, 41 mit Anm. *Feuerich* NStZ 1989, 338). Bis zur Zurückweisung bleiben die Prozeßhandlungen wirksam (vgl. auch § 137 RdNr. 8 ff.). Ist die Zulassung eines Rechtsanwalts erloschen, so kann er nur unter den Voraussetzungen des § 138 Abs. 2 Verteidigungshandlungen wirksam vornehmen (zum Problem der rückwirkenden Wirksamkeit von Prozeßhandlungen, wenn die Rücknahme der Zulassung durch Wiedereinsetzung in Wegfall gerät: BGH JR 1987, 236 mit Anm. *Vollkommer* JR 1987, 225). Ein selbst angeklagter Rechtsanwalt kann einen Mitangeklagten nicht verteidigen (BGHR StPO § 138 a Anwendungsbereich 1). Wird ein Rechtsanwalt nach Eröffnung des Hauptverfahrens gegen ihn von

einem Mitangeklagten als Verteidiger gewählt, ist er durch Beschluß des erkennenden Gerichts zurückzuweisen (BGH aaO). Zur Frage der individuellen körperlichen und geistigen Eignungsvoraussetzungen vgl. *Stern* AK-StPO RdNr. 7f.

- 5 **b) Rechtslehrer an Hochschulen** sind ordentliche sowie außerordentliche – auch emeritierte – Professoren, Privatdozenten und Lehrbeauftragte, welche die Befähigung haben, ein Rechtsgebiet an einer deutschen (RdNr. 2) Universität oder gleichrangigen Hochschule selbstständig zu lehren (vgl. *Schröter*, Der Hochschullehrer als Strafverteidiger, Diss. Regensburg 1987; zur Frage der Annahme eines Lehrstuhls an einer ausländischen Universität OLG Koblenz MDR 1981, 691). Sie brauchen nicht Mitglieder einer juristischen Fakultät zu sein. **Fachhochschullehrer** (BVerwG NJW 1975, 1899 mit Anm. *Wochner* und Anm. *Bieler* NJW 1975, 2356; NJW 1979, 1174; vgl. BVerfG NJW 1975, 2340) und Fachhochschullehrer an einer Gesamthochschule (OVG Münster NJW 1980, 1590; BGHSt. 34, 85, 87) sind keine Rechtslehrer in diesem Sinne. Die Vergütung richtet sich nach der BRAGO (OLG Düsseldorf NStZ 1996, 99 mit Anm. *Deumeland*). Die Zustellung an einen Rechtslehrer an einer deutschen Hochschule kann durch Empfangsbekanntnis bewirkt werden (BGH JZ 1997, 212).
- 6 **c) Für das Steuerstrafverfahren** wird § 138 Abs. 1 durch § 392 AO 1977 erweitert. Soweit die Finanzbehörde das Verfahren selbständig führt (§§ 386, 399, 406, 410 AO), können auch Steuerberater, Steuerbevollmächtigte, Wirtschaftsprüfer und vereidigte Buchprüfer zu Verteidigern gewählt werden (§ 392 Abs. 1 1. Hs. AO; dazu *Werner*, Steuerrecht, Gesellschaftsrecht, Berufsrecht 1995, S. 179; vgl. *Quedenfeld/Füllsack*, Verteidigung in Steuerstrafsachen 1996). Im Hinblick darauf, daß die genannten Berufe nicht die Stellung eines RA haben (vgl. BGH Beschl. v. 13. 11. 1978, AnwZ [B] 28/78; BGHZ 94, 65, 71; KG JR 1988, 391; *App* Die Steuerberatung 1991, 330), können diese Personen die Verteidigung im staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren und im gerichtlichen Verfahren nicht allein, sondern nur in Gemeinschaft mit einem RA oder – dem gleichgestellten – Rechtslehrer führen (§ 392 Abs. 1 2. Hs. AO; dazu *Bornheim* wistra 1997, 212, 257); zur Rechtsmitteleinlegung OLG Hamburg NJW 1981, 934. Soweit kein Fall der notwendigen Verteidigung vorliegt, kann das Gericht allerdings nach den §§ 138 Abs. 2, 392 Abs. 2 AO 1977 die Alleinvertretung genehmigen.
- 7 **3. Zu Abs. 2. Andere Personen** als die in RdNr. 2 bis 6 genannten können nach § 138 Abs. 2 nur Verteidiger sein, wenn die Genehmigung des Gerichts zur Verteidigung erteilt ist. Dies gilt auch für Rechtsbeistände, die Mitglieder einer Rechtsanwaltskammer sind (vgl. BGHSt. 32, 326, 329; OLG Koblenz NJW 1982, 1955; LG Cottbus Rbeistand 1994, 70). Bei der Wahl solcher Personen liegt ohne Genehmigung ein nach außen wirksames Verteidigungsverhältnis nicht vor. Die Prozeßhandlungen des noch nicht wirksam bestellten Verteidigers sind unbeachtlich. Liegt ein Fall der notwendigen Verteidigung (§ 140) vor, so ist Voraussetzung für die Zulassung, daß die Wahlverteidigung in Gemeinschaft mit einer Person, die ohne Genehmigung zum Verteidiger bestellt werden kann, geführt wird. In Auslieferungsverfahren gilt § 138 Abs. 2 nicht (OLG Koblenz aaO).
- 8 Die **Zulassung nach § 138 Abs. 2**, die auch stillschweigend erteilt werden kann (OLG Düsseldorf JMBL NRW 1980, 215; BayObLG DAR 1994, 38 bei *Bär*), ist **Voraussetzung für das Entstehen des Verteidigungsverhältnisses**. Vorherige Vereinbarungen und Erklärungen sind schwebend unwirksam (*Kaiser* NJW 1982, 1367, 1369). Sie werden mit der Zulassung wirksam (BayObLG MDR 1978, 862). Die Zulassung setzt neben Vertrauenswürdigkeit Sachkunde für den konkreten Fall voraus (OLG Hamm MDR 1978, 509; OLG Düsseldorf NStZ 1988, 91 = StV 1988, 377; zu eng OLG Karlsruhe NStZ 1987, 424 = StV 1988, 378 mit abl. Besprechung *Hilla* NJW 1988, 2525; im Ergebnis zustimmend *Hammerstein* JR 1987, 388). Sie kommt nur bei Geschäftsfähigkeit des Gewählten in Frage, denn nur ein Geschäftsfähiger kann die mit der Verteidigerbestellung verbundenen Rechte und Pflichten erfüllen. Verteidiger kann nur eine natürliche Person sein. Juristische Personen oder Personenvereinigungen können deshalb nicht über § 138 Abs. 2 zu Verteidigern bestellt werden. Nach Art. 1 §§ 1, 8 RBeRG unzulässige geschäftsmäßige Verteidigertätigkeit steht der Zulassung als Verteidiger gemäß § 138 Abs. 2 entgegen (OLG Dresden NJW 1998, 90; *Kleinknecht/Meyer-Goßner* RdNr. 9). Die Erteilung der Genehmigung ist in das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts gestellt. Hat der Beschuldigte zu dem als Verteidiger in Frage kommenden Gewählten besonderes Vertrauen, so braucht nicht zusätzlich dargelegt zu sein, daß ein besonderes Interesse besteht, gerade durch den Gewählten verteidigt zu werden (*Lüderssen* LR RdNr. 26; BayObLG MDR 1978, 862; aA OLG Oldenburg NJW 1958, 33). Ist in diesen Fällen die Sachkunde des Gewählten für den konkreten Verteidigungsfall nicht zweifelhaft, und ist davon auszugehen, daß er die Pflichten

eines Verteidigers beachten wird, so wäre die Versagung der Genehmigung ermessensfehlerhaft. Verwandtschaftliche Beziehungen des Gewählten zum Beschuldigten und sein mögliches Interesse am Ausgang des Verfahrens stellen seine Fähigkeit, die Verteidigung sachgerecht zu führen, nicht von vornherein in Frage (OLG Zweibrücken NZV 1993, 493). Ein Mitbeschuldigter kann jedoch nicht zum Verteidiger nach Abs. 2 gewählt werden (BayObLG NJW 1953, 755). Die Ausschließungsgründe nach §§ 138 a, 138 b stehen einer Genehmigung von vornherein entgegen (vgl. § 138 a RdNr. 2).

Die Genehmigung setzt einen **Antrag** voraus. Der Antrag kann konkludent gestellt werden, etwa dadurch, daß der Gewählte, der sich durch eine Vollmacht ausgewiesen hat, eine Prozeßhandlung vornimmt und dabei erkennen läßt, daß er für einzelne Prozeßhandlungen, für einen Verfahrensabschnitt oder das gesamte Verfahren als Verteidiger auftreten will.

Zuständig für die Genehmigung ist das Gericht, beim Kollegialgericht der Spruchkörper in der Besetzung, die für den Verfahrensabschnitt, in welchem der Antrag gestellt ist, vorgeschrieben ist. Wird der Antrag in der Hauptverhandlung gestellt, so wirken demnach die Schöffen bei der Entscheidung mit. Nicht ausdrücklich geregelt ist, welches Gericht in dem Ermittlungsverfahren zuständig ist. Die Zuständigkeit des Ermittlungsrichters scheidet aus. Die Vorschrift des § 162, die den Fall regelt, daß eine richterliche Untersuchungshandlung notwendig ist, ist nicht einschlägig (*Dünnebieber* LR²³ RdNr. 20; BGH Beschl. v. 30. 3. 1979, 1 BJs 150/77/II BGs 346/79). Da die Bestellung für das gesamte Verfahren wirkt, liegt die entsprechende Anwendung des § 141 Abs. 4 nahe, allerdings mit der Modifikation, daß nicht der Vorsitzende, sondern das Kollegium des Gerichts, das für das Hauptverfahren zuständig sein wird, die Entscheidung nach § 138 Abs. 2 zu treffen hat, und zwar in der Besetzung, die für Entscheidungen außerhalb der Hauptverhandlung vorgeschrieben ist (so auch *Lüderssen* LR RdNr. 30). Vor der Entscheidung des Gerichts ist die Staatsanwaltschaft zu hören (§ 33), die sich gegebenenfalls auch darüber zu äußern hat, bei welchem Gericht sie Anklage zu erheben gedenkt. In Eilfällen kann allerdings auch der Ermittlungsrichter die Zulassung erteilen, wenn sie auf die Mitwirkung bei einer richterlichen Untersuchungshandlung nach § 162 StPO beschränkt ist, oder bei einer Beschuldigtenvernehmung nach §§ 115 Abs. 3, 128 Abs. 1 S. 2 StPO der im Ermittlungsverfahren zuständige Haftrichter (BGH StV 1993, 113 = BGHR StPO § 138 Abs. 2 Zulassung 1).

Die **Genehmigung kann wieder zurückgenommen werden**, wenn sich ergibt, daß die Voraussetzungen für sie von vornherein nicht gegeben waren (BayObLG NJW 1953, 755) oder nicht mehr gegeben sind. Zuständig für die Rücknahme der Genehmigung ist das Gericht, das im Zeitpunkt der Rücknahme für die Genehmigung zuständig wäre. Die Rücknahme, die nicht zur Unzeit geschehen darf, berührt die Wirksamkeit von Prozeßhandlungen, die der Gewählte vor der Rücknahme vorgenommen hat, nicht. Im übrigen endet auch das Verteidigungsverhältnis nach § 138 Abs. 2 durch Niederlegung oder Entzug des Mandats. Bei Vorliegen der Ausschließungsgründe der §§ 138 a, 138 b ist die bloße Rücknahme der Genehmigung (entgegen der Auffassung der 2. Auflage) nicht möglich, sondern das Ausschließungsverfahren nach §§ 138 c, 138 d zu betreiben (§ 138 a RdNr. 2; *Kleinknecht/Meyer-Goßner* RdNr. 17; *Stern* AK-StPO RdNr. 27; *Lüderssen* LR § 138 a RdNr. 3; aA *Ulsenheimer* GA 1975, 103, 108; *Müller* KMR § 138 a RdNr. 1).

Kann der Gewählte, was für die Fälle der notwendigen Verteidigung – auch für Fälle des § 140 Abs. 2 (KG JR 1983, 83) – vorgeschrieben ist (§ 138 Abs. 2 und § 392 Abs. 2 AO 1977), die **Verteidigung nur in Gemeinschaft** mit einem anderen Verteidiger durchführen, so ist seine Befugnis nicht eingeschränkt. Allerdings müssen Prozeßhandlungen von dem Hauptverteidiger mitverantwortet werden (*Kleinknecht/Meyer-Goßner* RdNr. 19); der Hauptverteidiger muß bei wesentlichen Teilen der Hauptverhandlung anwesend sein (BayObLG NJW 1991, 2434). Rechtsmittelerklärungen müssen mit unterzeichnet werden (KG NJW 1974, 916; BGHSt. 32, 326). Bei mangelnder Übereinstimmung ist die Erklärung des Hauptverteidigers maßgeblich. Streitig ist, ob der Hauptverteidiger Prozeßhandlungen, insbesondere solche, die während der Hauptverhandlung vorgenommen werden – zB Stellung von Beweisanträgen –, durch Widerruf gegenstandslos machen kann. Die gesetzliche Regelung stellt auf die Gemeinschaftlichkeit ab. Daraus folgt zwingend, daß Prozeßhandlungen, die nicht von dem Einverständnis des Hauptverteidigers, das sich aus den Umständen ergeben kann, gedeckt sind, nicht wirksam sind. Wird das mangelnde Einverständnis des Hauptverteidigers durch Widerruf evident, so fehlt es deshalb an einer wirksamen Prozeßhandlung. Das gilt allerdings nur bis zu dem Zeitpunkt, in dem eine Prozeßhandlung noch zurückgenommen werden kann. Der Antrag des Verteidigers, einen Sachverständigen zu vernehmen, kann deshalb nach Vernehmung des Sach-

verständigen nicht durch Widerruf des Beweisantrages durch den Hauptverteidiger gegenstandslos gemacht werden. Die jedem Verteidiger zustehenden Rechte auf Akteneinsicht (§ 147) und auf mündlichen und schriftlichen Verkehr (§ 148) mit dem Beschuldigten (KG JR 1988, 391 mit Anm. *Hammerstein*) kann der nach § 138 Abs. 2 zugelassene Verteidiger ohne Absprache mit dem Hauptverteidiger wahrnehmen. Denn nur so können die Voraussetzungen für eine sinnvolle Verteidigung geschaffen werden.

II. Ausländische Rechtsanwälte

- 13 Ausländische Rechtsanwälte können grundsätzlich nur unter den Voraussetzungen des § 138 Abs. 2 als Verteidiger zugelassen werden (BGHR § 138 Abs. 2 Genehmigung 1; BayObLG DAR 1994, 385 bei *Bär*). Nach der Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaft vom 22. 3. 1977 (Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft Nr. L 78/17) sind jedoch für die dort bezeichneten „Rechtsanwälte“ aus den Mitgliedsländern Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs – soweit es sich um die tatsächliche Ausübung der Rechtsanwaltschaft handelt –, die sich auf die Staatsangehörigkeit oder das Erfordernis des Wohnsitzes gründen, untersagt. Die Richtlinie ist durch Gesetz vom 16. 8. 1980 (BGBl. I, 1453), zuletzt geändert durch Gesetz v. 2. 9. 1994 (BGBl. I, 2278, 2292), in nationales Recht umgewandelt worden. Daß dies nach Ablauf der den Mitgliedsländern gesetzten Frist (vgl. *Schultz AnwBl.* 1981, 41) geschehen ist, führt nicht zur unmittelbaren Anwendbarkeit der Richtlinie in der Zeit vor Inkrafttreten des Gesetzes (BGH NStZ 1981, 269; OLG Düsseldorf, Beschluß vom 3. 9. 1979 – IV 2/79 und vom 5. 12. 79 – IV 9/79; offengelassen in BGH Beschl. v. 1. 11. 1979 MDR 1980, 274 [H.]; aA *Riegel NStZ* 1982, 295). Nach dem Gesetz stehen die in ihm (entsprechend der Richtlinie) genau bezeichneten RAe den in der Bundesrepublik Deutschland zugelassenen RAen gleich, sie sind also Verteidiger im Sinne des § 138 Abs. 1 (vgl. BTDrucks. 8/3181 S. 19). Allerdings hat der deutsche Gesetzgeber die nach der Richtlinie möglichen Beschränkungen (vgl. Art. 5) vorgesehen. Der ausländische RA darf danach im Fall der notwendigen Verteidigung nur im Einvernehmen mit einem deutschen RA handeln. Das Einvernehmen ist bei der ersten Handlung dem Gericht schriftlich nachzuweisen (§ 4 Abs. 2 des Gesetzes). Der Besuch von inhaftierten Gefangenen ist nur in Begleitung dieser RAe möglich, schriftlicher Verkehr erfolgt über den deutschen RA, soweit das Gericht nicht den unmittelbaren Verkehr gestattet. Die jetzt geltenden Beschränkungen enthalten keinen Verstoß gegen Art. 59, 60 EWGV (vgl. zum vorherigen Rechtszustand EuGH JZ 1988, 506 mit Anm. *Bleckmann*; *Ostler NJW* 1987, 281, 285; krit. auch *Mauro/Weil AnwBl.* 1981, 128, 131). Die genannten Vorschriften der Richtlinie sind zwar nach Ablauf der Übergangszeit unmittelbar verbindlich (vgl. ua. *Boie NJW* 1977, 1567; EuGH NJW 1979, 1764; 1980, 2010). Die Beschränkungen dienen jedoch der Durchsetzung des Lokalisierungsgebotes des nationalen Rechts (§ 18 BRAO; § 138 Abs. 1), das nicht gegen das Freizügigkeitsgebot von Art. 59 EWGV verstößt (EuGH NJW 1975, 1095), da es die Gewährleistung deutschen Ständerechts sichert (BGH NStZ 1981, 269). Das Durchführungsgesetz zur EG-Richtlinie schließt eine von Beschränkungen des Durchführungsgesetzes freie Bestellung eines ausländischen RA nach § 138 Abs. 2 nicht aus (*Brangsch NJW* 1981, 1177, 1180). Die Mitwirkung eines ausländischen Verteidigers, welcher der deutschen Sprache nicht mächtig ist, führt nicht dazu, daß wegen seiner Beteiligung gemäß § 185 GVG ein Dolmetscher zu bestellen ist. Eine derartige Erweiterung der Pflicht zur Stellung eines **Dolmetschers** kann nicht Sinn der Richtlinie sein. Kann der ausländische Verteidiger, weil er sprachkundig ist oder aus sonstigen Gründen, die Verteidigung faktisch nicht sicherstellen, so hat der Vorsitzende diese durch Stellung eines Pflichtverteidigers zu gewährleisten, wenn die Verteidigung nicht schon durch den deutschen RA, in dessen Einvernehmen der ausländische Anwalt handeln muß, gesichert ist. Rechtsanwälte aus Mitgliedsländern der EG können bei einem deutschen Gericht zugelassen werden, wenn sie die Eignungsprüfung nach dem Gesetz über die Eignungsprüfung für die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft v. 6. 7. 1990 (BGBl. I, 1349) bestanden haben. Zur Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit der Rechtsanwälte in der EG vgl. *Rabe AnwBl.* 1992, 146.

III. Mandat und Vertretung

- 14 Das Mandat gilt grundsätzlich für das **gesamte Verfahren**, wenn nicht, was durchaus möglich ist, der Verteidiger nur für einzelne Verfahrensabschnitte bestellt wird, so für die Folge- und Nebenverfahren (Strafvollstreckung [vgl. aber OLG Bremen bei *Bungert NStZ* 1988, 403], Gnadenentscheidungen, Wiederaufnahme: OLG Düsseldorf NStZ 1983, 235; *wistra* 1990, 168;

vgl. § 148 RdNr. 5, für den Pflichtverteidiger § 141 RdNr. 9, 10). Nach dem Tod des Mandanten kann der Verteidiger die noch notwendigen Prozeßhandlungen vornehmen (OLG Hamm NJW 1978, 177; *Kühl NJW* 1978, 977 mit Hinw. auf entsprechende Rechtsprechung; *Kleinknecht/Meyer-Gößner* vor § 137 RdNr. 7; aA OLG Düsseldorf NJW 1993, 546 m.w.N.). Entsprechendes gilt auch für den Verteidiger nach § 138 Abs. 2.

Nach außen bedarf der Verteidiger der **Vollmacht**. Eine besondere Form ist nicht vorgeschrieben. Die Vermutung spricht grundsätzlich für die Bevollmächtigung. Im Falle fristgebundener Erklärungen, insbesondere bei Rechtsmitteleinlegungen durch den Verteidiger, reicht es deshalb aus, wenn die Bevollmächtigung nach Fristablauf nachgewiesen wird, vorausgesetzt, sie ist vorher erteilt (BerlVerfGH JR 1995, 55, 57; Brandenburgisches OLG NStZ 1995, 52). Für einzelne Prozeßhandlungen verlangt das Gesetz den Nachweis der Vollmacht (vgl. vor § 137 RdNr. 2).

Zur **Vertretung und Untervollmacht** vgl. vor § 137 RdNr. 11f.

IV. Überprüfung von Gerichtsentscheidungen

1. **Beschwerde.** Die Entscheidungen des Gerichts, die das Verteidigungsverhältnis betreffen – insbesondere die Zurückweisung eines Verteidigers –, sind unter den Voraussetzungen der §§ 304ff. mit der Beschwerde anfechtbar. Anzuwenden sind die zu § 146a entwickelten Grundsätze, vgl. dort RdNr. 7. Bei Zurückweisungen von Anträgen nach § 138 Abs. 2 ist, soweit ein Beschwerderecht gegeben ist (also nicht gegen Entscheidungen des OLG), neben dem Beschuldigten auch der Gewählte beschwerdeberechtigt, da die Entscheidung in dessen eigenen Rechtskreis eingreift (OLG Karlsruhe NStZ 1987, 424 = StV 1988, 378; OLG Düsseldorf NStZ 1988, 91 = StV 1988, 377). Genehmigungen nach § 138 Abs. 2 kann die StA unter den Voraussetzungen des § 304 anfechten.

2. **Revision.** Mit der Revision kann geltend gemacht werden, daß durch einen Beschluß des Gerichts (§ 338 Nr. 8) – dies gilt auch für Entscheidungen nach § 138 Abs. 2 – die Verteidigung beschränkt worden ist. Die ungerechtfertigte Zurückweisung eines Verteidigers führt, soweit sie nicht willkürlich erfolgt ist, dann nicht zu einer Beschränkung der Verteidigung in einem für die Entscheidung wesentlichen Punkt, wenn der Angeklagte anderweit ordnungsgemäß verteidigt ist (vgl. die Grundsätze aus BGHSt. 27, 154, 157 = NJW 1977, 1208; BayObLG NStZ 1988, 281). Der BGH hat sich in der in NStZ 1984, 419 (mit Anm. *Gössel*) veröffentlichten Entscheidung mit der Frage auseinandergesetzt, ob eine „Rechtsstaatswidrigkeit“ des Verfahrens durch Behinderung der Verteidigung zum Entstehen eines Verfahrenshindernisses führt. Er hat dies für den dort vorliegenden Fall (Kenntnisnahme des Verteidigungskonzeptes durch die StA) verneint. Der Entscheidung ist aber zu entnehmen, daß der 2. Strafsenat des BGH ein Verfahrenshindernis annehmen würde, wenn ein Umstand von einem solchen „Gehalt“ vorliegt, daß er dem „Verfahren in seiner Gesamtheit entgegensteht“. Der Senat knüpft damit ersichtlich an Entscheidungen an, die er in anderem Zusammenhang getroffen hat, nämlich zu der Frage, ob tatprovokierendes Verhalten eines Lockspitzels zur Verfahrenseinstellung führen kann. Er hat diese Rechtsprechung im Anschluß an BGHSt. 32, 345 = NJW 1984, 2300 und BGHSt. 33, 356 = NJW 1986, 1764 aufgegeben (BGH JZ 1986, 453 und BGH 5. 3. 1986, 2 StR 13/85; vgl. auch *Rieß JR* 1985, 45). Denn dem Grundsatz des „fair trial“ kann ohne Rückgriff auf ein aus der Verfassung hergeleitetes Verfahrenshindernis Rechnung getragen werden (vgl. aber AG Mannheim StV 1985, 276; *Schumann JZ* 1986, 66). So kann in Fällen der Tatprovokation durch V-Leute – wie in den Fällen überlanger Verfahrensdauer (BGHSt. 24, 239, 242; BGH GA 1977, 275, 276; BGH NStZ 1982, 291, 292; BGH NStZ 1987, 19 [Pf]; BGH NStZ 1989, 283; BGH Beschl. v. 20. 1. 1987, MDR 1987, 444 [H.]) oder der nicht eingehaltenen Zusage der StA, das Verfahren einzustellen (BGHSt. 37, 10), – dadurch angemessen reagiert werden, daß die Strafe herabgesetzt wird (BGH StV 1985, 309; JZ 1986, 453; vgl. auch *Schünemann StV* 1985, 424; BGH StV 1985, 398 mit Anm. *Becker*; BGH StV 1991, 460; BGH NStZ 1992, 78; BGHR MRK Art. 6 Abs. 1 S. 1 Verfahrensverzögerung 3 und 5); in Extremfällen rechtsstaatswidriger Rechtsverstöße kann es sogar angezeigt sein, in entsprechender Anwendung der §§ 49 Abs. 2, 60 StGB ganz auf den Ausspruch einer Strafe zu verzichten. Auch das Recht des Beschuldigten auf Verteidigung braucht nicht dadurch gesichert zu werden, daß bei schweren Verstößen gegen dieses Recht auf ein Verfahrenshindernis zurückgegriffen wird, das in der StPO nicht vorgesehen ist (offen gelassen von BGH StV 1993, 117 für die gezielte Behinderung der Verteidigung durch Ermittlungsbehörden). Das Recht des Beschuldigten auf Verteidigung – und auf ein faires Verfahren – ist in der StPO geregelt. Die

Konkretisierung darüber hinausgehender Gebote und Verbote ist zwar nicht gänzlich ausgeschlossen (vgl. BGH NStZ 1984, 563; Verfahrenshindernis bei „Entführungen“ aus einem anderen Land, dazu BVerfG StV 1986, 233; BVerfG NStZ 1986, 468; BGH StV 1987, 138; Schubarth StV 1987, 173); es ist dabei aber mit großer Behutsamkeit vorzugehen (vgl. auch BVerfGE 57, 250, 275; BGH NStZ 1984, 274). Beim Verstoß gegen das Recht auf Verteidigung reicht das Instrumentarium der StPO aus; es kann etwa durch Aussetzungs- und Unterbrechungsanträge, durch Befangenheitsanträge und in Extremfällen auch durch die Annahme von Beweis- und Verwertungsverboten gesichert werden.

§ 138 a [Ausschließung des Verteidigers]

(1) Ein Verteidiger ist von der Mitwirkung in einem Verfahren auszuschließen, wenn er dringend oder in einem die Eröffnung des Hauptverfahrens rechtfertigenden Grade verdächtig ist, daß er

1. an der Tat, die den Gegenstand der Untersuchung bildet, beteiligt ist,
2. den Verkehr mit dem nicht auf freiem Fuß befindlichen Beschuldigten dazu mißbraucht, Straftaten zu begehen oder die Sicherheit einer Vollzugsanstalt erheblich zu gefährden, oder
3. eine Handlung begangen hat, die für den Fall der Verurteilung des Beschuldigten Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei wäre.

(2) Von der Mitwirkung in einem Verfahren, das eine Straftat nach § 129 a des Strafgesetzbuches zum Gegenstand hat, ist ein Verteidiger auch auszuschließen, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, daß er eine der in Absatz 1 Nr. 1 und 2 bezeichneten Handlungen begangen hat oder begeht.

(3) ¹Die Ausschließung ist aufzuheben,

1. sobald ihre Voraussetzungen nicht mehr vorliegen, jedoch nicht allein deshalb, weil der Beschuldigte auf freien Fuß gesetzt worden ist,
2. wenn der Verteidiger in einem wegen des Sachverhalts, der zur Ausschließung geführt hat, eröffneten Hauptverfahren freigesprochen oder wenn in einem Urteil des Ehren- oder Berufungsgerichts eine schuldhaft Verletzung der Berufspflichten im Hinblick auf diesen Sachverhalt nicht festgestellt wird,
3. wenn nicht spätestens ein Jahr nach der Ausschließung wegen des Sachverhalts, der zur Ausschließung geführt hat, das Hauptverfahren im Strafverfahren oder im ehren- oder berufsgerichtlichen Verfahren eröffnet oder ein Strafbefehl erlassen worden ist.

²Eine Ausschließung, die nach Nummer 3 aufzuheben ist, kann befristet, längstens jedoch insgesamt für die Dauer eines weiteren Jahres, aufrechterhalten werden, wenn die besondere Schwierigkeit oder der besondere Umfang der Sache oder ein anderer wichtiger Grund die Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens noch nicht zuläßt.

(4) ¹Solange ein Verteidiger ausgeschlossen ist, kann er den Beschuldigten auch in anderen gesetzlich geordneten Verfahren nicht verteidigen. ²In sonstigen Angelegenheiten darf er den Beschuldigten, der sich nicht auf freiem Fuß befindet, nicht aufsuchen.

(5) ¹Andere Beschuldigte kann ein Verteidiger, solange er ausgeschlossen ist, in demselben Verfahren nicht verteidigen, in anderen Verfahren dann nicht, wenn diese eine Straftat nach § 129 a des Strafgesetzbuches zum Gegenstand haben und die Ausschließung in einem Verfahren erfolgt ist, das ebenfalls eine solche Straftat zum Gegenstand hat. ²Absatz 4 gilt entsprechend.

Übersicht

I. Anwendungsbereich der Vorschrift	RdNr.	II. Ausschluß nach Abs. 1	RdNr.
1. Ausschließung des Verteidigers	1	1. Grundsatz	7
2. Alle Verteidiger	2	2. Abs. 1 Nr. 1	8
3. Ausschließungsgründe	3	3. Abs. 1 Nr. 2	9-12
4. Gesamtes Verfahren	4	4. Abs. 1 Nr. 3	13
5. Ausschluß der Mitwirkung	5	III. Ausschluß nach Abs. 2	
6. Straftat nach § 129 a StGB	6	1. Geringerer Verdachtsgrad	14

	RdNr.	V. Die Erstreckung des Ausschlusses auf andere Verfahren	RdNr.
2. Kein gesteigerter Verdacht nach § 129 a StGB erforderlich	15	1. Erstreckungswirkung	22
3. Verfahren nach Einstellung der Ermittlungen nach § 129 a StGB	16	2. Abs. 4 S. 1	23
IV. Aufhebung des Ausschlusses		3. Abs. 4 S. 2	24
1. Abs. 3	17	4. Abs. 5 S. 1	25
2. Abs. 3 Satz 1 Nr. 1	18	5. Straftat nach § 129 a StGB	26
3. Abs. 3 Satz 1 Nr. 2	19	6. Abs. 5 S. 2	27
4. Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 und Abs. 3 Satz 2 ..	20	7. Notwendigkeit der Zurückweisung in den Fällen der Abs. 4 und 5	28
5. Aufhebung des Ausschlusses in Fällen, in denen ein Verfahren nicht möglich ist	21	8. Keine Anhörung von Betroffenen anderer Verfahren	29

I. Anwendungsbereich der Vorschrift

1. **Ausschließung des Verteidigers.** Die Vorschrift betrifft die Ausschließung des Verteidigers. Sie ist verfassungsgemäß (BVerfG NJW 1975, 2341; Niemöller/Schuppert AÖR 1982, 389, 436). Zur Gesetzesgeschichte vgl. vor § 137 RdNr. 1, eingehend Vogel NJW 1978, 1217, 1222 (vgl. auch Donus, Ausschließung und Überwachung des Verteidigers im Strafverfahren, Diss. Tübingen 1978; Rieß NStZ 1981, 328; Parigger Festgabe für Ludwig Koch (1989) S. 199; Fezer GS Meyer (1990) S. 81; Remagen-Kemmerling, Der Ausschluß des Strafverteidigers in Theorie und Praxis, 1992; Burhoff ZAP 1995, 369 = Fach 22, 173).

2. **Alle Verteidiger.** Die Vorschrift betrifft nicht nur die Wahlverteidiger und die diesen durch § 392 AO 1977 im finanzbehördlichen Ermittlungsverfahren gleichgestellten Angehörigen anderer steuerberatender Berufe (OLG Karlsruhe NJW 1975, 943), sondern alle Verteidiger einschließlich der nach § 138 Abs. 2 als Verteidiger zugelassenen Personen und der nach § 141 als Pflichtverteidiger bestellten Rechtsanwälte und Rechtskundigen im Sinne von § 142 Abs. 2 (BGHSt. 42, 94 = NStZ 1997, 46 m. Anm. Weigend; KG NJW 1978, 1538; OLG Braunschweig StV 1984, 500; OLG Düsseldorf NStZ 1988, 519 = JR 1989, 250 m. Anm. Rogall; OLG Frankfurt StV 1992, 360; Kleinknecht/Meyer-Göfner RdNr. 3; Lüderssen LR RdNr. 3 ff.; Stern AK-StPO RdNr. 9; Müller KMR RdNr. 1; Rieß JR 1979, 36; aA im Anschluß an BVerfGE 39, 238 = NJW 1975, 1015 noch OLG Koblenz NJW 1978, 25, 21; OLG Köln NStZ 1982, 129; Ulsenheimer GA 1975, 109). Die Anwendung der §§ 138 a ff. auch auf den Pflichtverteidiger und den nach § 138 Abs. 2 zugelassenen Verteidiger entspricht der Funktion des Ausschließungsverfahrens und der Stellung des Verteidigers. Zum einen knüpfen § 138 a Abs. 4 und 5 an einen Ausschluß weitergehende Folgen für andere Verfahren. Diese Konsequenzen treten kraft Gesetzes nicht ein, wenn beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 138 a die Bestellung des Pflichtverteidigers oder die Genehmigung nach § 138 Abs. 2 zwar zurückgenommen wird, ein förmlicher Ausschluß nach § 138 a aber nicht ausgesprochen wird. Zwar kann bei einer anderweitigen Pflichtverteidigerbestellung oder einer anderweitigen Genehmigung nach § 138 Abs. 2 berücksichtigt werden, daß der Verteidiger, wenn er nach § 138 a ausgeschlossen worden wäre, nach § 138 a Abs. 4 und 5 von Rechts wegen an der Verteidigung gehindert wäre. Von praktischer Bedeutung kann aber der Fall sein, daß ein Pflichtverteidiger, dessen Bestellung aus den Gründen des § 138 a vom Vorsitzenden zurückgenommen wird, ein neues Wahlverteidigerverhältnis eingeht, das er bei einem förmlichen Ausschluß nicht wahrnehmen dürfte. Zur Vermeidung dieser Folgen hat daher das förmliche Ausschließungsverfahren Vorrang. Zum anderen wird die durch das StVÄG 1987 gestärkte und dem Wahlverteidiger durch § 142 Abs. 1 weitgehend angeglichene Stellung des Pflichtverteidigers dadurch geschützt, daß das Ausschließungsverfahren an höhere Anforderungen geknüpft ist als die einfache Rücknahme der Bestellung aus sonstigen wichtigen Gründen durch den Vorsitzenden. Das Ausschließungsverfahren nach § 138 a ff. ist daher in den dort genannten Fällen gegenüber § 143 die speziellere Regelung und schließt eine (wahlweise) Rücknahme der Bestellung aus diesen Gründen durch den Vorsitzenden aus (OLG Düsseldorf NStZ 1988, 519; Kleinknecht/Meyer-Göfner RdNr. 3; Lüderssen LR RdNr. 8 f.; Dencker NJW 1979, 2176; Rieß JR 1979, 37; aA Müller KMR RdNr. 1; 2. Auflage). Unberührt bleibt die Rücknahme der Bestellung aus anderen wichtigen Gründen (vgl. § 143 RdNr. 4 f.; dazu Hilgendorf NStZ 1996, 1). Die bloße Rücknahme der Bestellung ist jedoch mit Einverständnis des Angeklagten und des Verteidigers dann zulässig und geboten, wenn der Verteidiger damit vor dem nach § 138 c Abs. 5 maßgeblichen Zeitpunkt folgenlos ausscheiden will, da ihm im Gegensatz zum