

Strafprozessordnung

Kommentar

Herausgegeben von

Dr. Henning Radtke

Richter am Oberlandesgericht
Professor an der Universität Hannover

und

Dr. Olaf Hohmann

Rechtsanwalt in Stuttgart
Lehrbeauftragter an der Universität Greifswald

vieren, mindestens einen Wahlverteidiger selbst zu beauftragen; hat der jeweils andere das Gesamtkontingent bereits ausgeschöpft, ist ggf. der zuletzt von ihm gewählte Verteidiger durch das Gericht zurückzuweisen.⁹⁵ Auch diese Konstruktion löst freilich das Problem der Verkürzung des Verteidigerwahlrechts eines Beteiligten nur unzureichend, weil er angesichts der ungeraden Dreizahl der wählbaren Verteidiger stets vom anderen majorisiert werden kann. Überzeugende Gründe, weshalb diese Majorität von vornherein entweder dem gesetzlichen Vertreter⁹⁶ oder dem Beschuldigten zustehen soll, gibt es nicht. Eine Mehrheitsverteilung nach dem sog. Windhund-Prinzip aber wäre zufällig und rechtsunsicher und stellt daher ebenfalls keinen Ausweg dar.

IV. Revision

- 28 § 137 liefert für sich genommen schon deshalb keinen hinreichenden Anknüpfungspunkt für eine Revisionsrüge, weil er weder ein Verfahrenshindernis noch ein Handeln des Gerichts betrifft, das rechtsfehlerhaft sein könnte. Zu Revisibilität einer unterbliebenen oder zu Unrecht vorgenommenen Zurückweisung gem. § 146 a s. dort Rn. 8 f.

§ 138 [Wahlverteidiger]

(1) Zu Verteidigern können Rechtsanwälte sowie die Rechtslehrer an deutschen Hochschulen im Sinne des Hochschulrahmengesetzes mit Befähigung zum Richteramt gewählt werden.

(2)¹ Andere Personen können nur mit Genehmigung des Gerichts gewählt werden.² Gehört die gewählte Person im Fall der notwendigen Verteidigung nicht zu den Personen, die zu Verteidigern bestellt werden dürfen, kann sie zudem nur in Gemeinschaft mit einer solchen als Wahlverteidiger zugelassen werden.

(3) Können sich Zeugen, Privatkläger, Nebenkläger, Nebenklagebefugte und Verletzte eines Rechtsanwalts als Beistand bedienen oder sich durch einen solchen vertreten lassen, können sie nach Maßgabe der Absätze 1 und 2 Satz 1 auch die übrigen dort genannten Personen wählen.

I. Anwendungsbereich

- 1 Abs. 1 und 2 betrifft nur Wahl-, nicht Pflichtverteidiger; für letztere gilt § 142. Der am 1. 10. 2009 in Kraft getretene Abs. 3 stärkt die Auswahlfreiheit von Zeugen, Privatklägern, Nebenklägern, Nebenklagebefugten und Verletzten, indem er ausdrücklich auch diejenigen in Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 genannten Personen für wählbar erklärt, die keine Rechtsanwälte sind.

II. Zugelassene Verteidiger (Abs. 1)

- 2 1. Rechtsanwälte. a) Deutsche Rechtsanwälte. Rechtsanwälte, die bei einem deutschen Gericht zugelassen sind, können als Verteidiger vor sämtlichen deutschen Strafgerichten, nicht nur vor ihrem Zulassungsgericht auftreten; wer nur beim BGH zugelassen ist, unterliegt jedoch den Einschränkungen des § 172 BRAO, kann im eigentlichen Strafverfahren also nur vor dem BGH selbst verteidigen, soweit dieser gem. § 135 GVG zuständig ist oder in Gestalt des Ermittlungsrichters des BGH (s. § 169) tätig wird; im Revisionsrechtszug gem. § 135 Abs. 1 GVG beginnt die Verteidigungsbefugnis dabei bereits mit der Revisionseinlegung beim LG bzw. OLG oder mit revisionsbezogenen Anfragen an diese Gerichte.³ Rechtsanwälte, die nicht (mehr) zugelassen sind, können nicht als Verteidiger gewählt werden; bei ihnen handelt es sich um sog. Scheinverteidiger, deren Prozesshandlungen unwirksam sind.² Ebenso wenig können Rechtsanwälte gewählt werden, die zwar noch zugelassen sind, gegen die aber durch ein Straf- oder Landesgericht ein vorläufiges oder endgültiges Vertretungs- bzw. Berufsverbot (§ 132 a; § 70 StGB; §§ 114 Abs. 1 Nr. 4, 150, 161 a BRAO) verhängt ist; freilich sind sie nur analog § 146 a zurückzuweisen, weshalb ihre vor der Zurückweisung vorgenommenen Prozesshandlungen wirksam bleiben.³ Allgemeine Tätigkeits- oder Vertretungsbeschränkungen, wie sie insbesondere für Syndikusanwälte (§ 46 BRAO) oder Anwälte im öffentlichen Dienst (§ 47 BRAO) gelten, lassen hingegen die Fähigkeit, zum Verteidiger gewählt zu werden, ungerührt;⁴ sie rechtfertigen keine Zurückweisung gem. § 146 a oder § 156 Abs. 2 BRAO.⁵

⁹⁵ KK-StPO/Laufhütte Rn. 5; Meyer-Göfner Rn. 10, die aber wohl beide nur die Sicherung des Auswahlrechts des Beschuldigten vor Augen haben.

⁹⁶ So KK-StPO/Laufhütte Rn. 5; Meyer-Göfner Rn. 10.

¹ Löwe/Rosenberg/Lüderssen/Jahn Rn. 5.

² BGH v. 5. 2. 2002 – 5 StR 617/01, BGHSt 47, 238 = NJW 2002, 1436 (unwirksamer Rechtsmittelverzicht mit der Folge der Wiedererstattung des Beschuldigten in den vorigen Stand).

³ KK-StPO/Laufhütte Rn. 4; Meyer-Göfner Rn. 2.

⁴ AA wohl Meyer-Göfner Rn. 2 b.

⁵ Kleine-Cosack § 45 BRAO Rn. 42; aA Feuerich/Weyland § 46 BRAO Rn. 31.

b) Europäische Rechtsanwälte. Rechtsanwälte aus Mitgliedstaaten der EU, anderen Vertragsstaaten des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum und der Schweiz sind zwar stets gem. Abs. 1 als Verteidiger zugelassen (s. § 2 EuRAG: „... ist berechtigt ... auszuüben“ bzw. § 25 Abs. 1 EuRAG: „darf ... die Tätigkeiten eines Rechtsanwalts ... ausüben“), jedoch ist bei ihnen zu unterscheiden: Soweit sie als niedergelassene europäische Rechtsanwälte iSd. §§ 2 ff. EuRAG in die zuständige deutsche Rechtsanwaltskammer aufgenommen sind, dürfen sie ohne Einschränkung vor sämtlichen deutschen Strafgerichten verteidigen. Dienstleistende europäische Rechtsanwälte iSd. §§ 25 ff. EuRAG dürfen hingegen in Fällen der notwendigen Verteidigung gem. § 140 nur zusammen mit einem deutschen Rechtsanwalt, dem sog. „Einvernehmensanwalt“, als Verteidiger tätig werden (§ 28 EuRAG). Ist dem Beschuldigten die Freiheit entzogen, dürfen sie ihm nur in Begleitung des Einvernehmensanwalts besuchen und nur über einen solchen schriftlich mit ihm verkehren (§ 30 EuRAG). Nur in den übrigen Konstellationen dürfen sie allein und ohne Einschränkungen verteidigen.

2. Hochschullehrer. Gem. Abs. 1 können auch Rechtslehrer (nicht nur Strafrechtslehrer) an Hochschulen als Verteidiger gewählt werden. Da auch sie – ebenso wie Rechtsanwälte – unabhängig und frei von heteronomen Interessen agieren sollen, müssen sie hauptberuflich tätig und zur selbständigen Lehre befugt sein. Erfasst sind damit regelmäßig ordentliche, außerordentliche und außerplanmäßige Professoren, Juniorprofessoren, Privatdozenten und ggf. auch Honorarprofessoren,⁶ unabhängig davon, ob sie noch aktiv oder bereits entpflichtet sind;⁷ der mit dem 1. JuMoG in Abs. 1 eingefügte Verweis auf das HRG stellt nunmehr klar, dass auch Fachhochschullehrer zu diesem Kreis gehören. Rechtslehrer an privaten Hochschulen, die nicht staatlich anerkannt sind, fallen schon deshalb nicht unter Abs. 1, weil sie im Verweis auf das HRG nicht mit einbezogen sind. Für Rechtslehrer an staatlich anerkannten privaten Hochschulen verfährt dieses Argument zwar nicht, jedoch sind auch sie wegen ihrer mangelnden dienstrechtlichen Unabhängigkeit nicht als Verteidiger wählbar.⁸ Gleiches gilt für wissenschaftliche Assistenten und Mitarbeiter an staatlichen oder privaten Hochschulen.⁹ Bei Lehrbeauftragten ist zu differenzieren: Lehren sie hauptberuflich und selbständig, sind auch sie als Hochschullehrer iSd. Abs. 1 anzusehen, andernfalls nicht.¹⁰ Verliert der Hochschullehrer seine Stellung wegen eines Mangels in seiner Amtsführung, so entspricht dies in der Sache dem Verlust der Zulassung bei einem Rechtsanwalt; er wird damit zum Scheinverteidiger, dessen Prozesshandlungen vom Zeitpunkt seines Amtsverlustes an unwirksam sind. Wechselt der Hochschullehrer während des laufenden Verfahrens an eine ausländische Universität, lässt dies hingegen seine Verteidigerfähigkeit unberührt; neue Mandate kann er nach diesem Wechsel aber nicht mehr annehmen.¹¹

3. Angehörige steuerberatender Berufe. Für das Strafverfahren wird Abs. 1 durch § 392 Abs. 1 AO ergänzt. Danach können auch Steuerberater, Steuerbevollmächtigte, Wirtschaftsprüfer und vereidigte Buchprüfer zu Verteidigern gewählt werden, soweit die Finanzbehörde das Ermittlungsverfahren gem. § 386 AO selbständig führt. Im Übrigen können sie nur gemeinsam mit einer nach Abs. 1 zugelassenen Person verteidigen, es sei denn, das Gericht lässt sie gem. § 392 Abs. 2 AO iVm. § 138 Abs. 2 zur Alleinverteidigung zu, was außerhalb des Bereichs der notwendigen Verteidigung möglich ist.

4. Selbstbestellungsverbot. Ein selbst beschuldigter Rechtsanwalt oder Hochschullehrer darf sich nicht zu seinem eigenen formellen Verteidiger wählen,¹² da dies zu einer unzutraglichen Konfusion der unterschiedlichen Verfahrensrollen des Beschuldigten und des Verteidigers in seiner Person führen würde; er kann daher auch nicht gem. Abs. 2 als sein eigener formeller Verteidiger zugelassen werden.¹³ Sofern kein Fall der notwendigen Verteidigung vorliegt, bleibt es ihm aber unbenommen, auf einen formellen Verteidiger zu verzichten und die Durchsetzung seiner Interessen materiell in die eigenen Hände zu nehmen.

⁶ Meyer-Göfner Rn. 4.

⁷ Löwe/Rosenberg/Lüderssen/Jahn Rn. 9.

⁸ Löwe/Rosenberg/Lüderssen/Jahn Rn. 9.

⁹ Meyer-Göfner Rn. 4.

¹⁰ So auch KK-StPO/Laufhütte Rn. 5; vgl. auch OLG Jena v. 5. 5. 1999 – 1 Ws 121/99, StraFo 1999, 349; OLG Dresden v. 3. 5. 2000 – 1 Ws 94/00, StraFo 2000, 338; aA Löwe/Rosenberg/Lüderssen/Jahn Rn. 9; Meyer-Göfner Rn. 4 (genereller Ausschluss als Verteidiger).

¹¹ So wohl auch OLG Koblenz v. 11. 2. 1981 – 1 Ws 59/81, NStZ 1981, 403; Meyer-Göfner Rn. 4.

¹² BVerfG v. 19. 3. 1998 – 2 BvR 291/98, NJW 1998, 2205.

¹³ OLG Karlsruhe v. 28. 2. 1997 – 2 Ss 42/97, Die Justiz 1997, 378.

gen,⁵⁴ muss dieser sein ausdrückliches oder konkludentes Einverständnis mit sämtlichen ihrer Prozesshandlungen erklären, um diese wirksam werden zu lassen;⁵⁵ auch Rechtsmittelerklärungen sind nur wirksam, wenn er sie mitunterschreibt⁵⁶ oder sich ihnen frist- und formgerecht anschließt.⁵⁷ Bei den wesentlichen Teilen der Hauptverhandlung – nicht aber bei der Urteilsverkündung⁵⁸ – muss er anwesend sein.⁵⁹ Liegen hinsichtlich einer gemeinschaftlich vorzunehmenden Prozesshandlung widersprüchliche Erklärungen vor, ist diejenige des Mitverteidigers maßgeblich.⁶⁰ Widerruft der Mitverteidiger eine Prozessklärung der gem. Abs 2 zugelassenen Person, so ist zu unterscheiden: Soweit er damit lediglich (erneut) das anfängliche Fehlen seines Einverständnisses dokumentiert und die ohnehin bereits gegebene Unwirksamkeit der Prozessklärung bekräftigt, ist kein Grund ersichtlich, weshalb er hierbei an Ausschlussfristen gebunden sein soll.⁶¹ Anders liegt es dagegen, wenn er mittels des Widerrufs sein zuvor bereits ausdrücklich oder konkludent erklärtes Einverständnis wieder beseitigen will: Dies kann naturgemäß nur im zeitlichen und inhaltlichen Rahmen des prozessual allgemein Zulässigen erfolgen.

IV. Zeugenbeistände etc. (Abs. 3)

- 13 Mit der Einführung des Abs. 3 hat der Gesetzgeber rechtspolitische Forderungen⁶² aufgegriffen und den Personenkreis der möglichen Beistände von Zeugen, Privat- und Nebenklägern, Nebenklagebefugten und Verletzten an denjenigen der möglichen Verteidiger des Beschuldigten angeglichen⁶³ und identische Zulassungsvoraussetzungen⁶⁴ für beide Personenkreise statuiert. Abs. 2 S. 2 ist dabei freilich nicht in Bezug genommen, weil es eine notwendige Beistandschaft für die in Abs. 3 genannten Personen nicht gibt. Die beabsichtigte Gleichstellung von Beiständen und Verteidigern bleibt allerdings im Hinblick auf die Angehörigen steuerberatender Berufe⁶⁵ unvollständig: Während diese in Steuerstrafverfahren nach Maßgabe des § 392 Abs. 1 AO ohne weiteres als Verteidiger zugelassen sind, bedürfen sie für ihre Zulassung als Zeugenbeistand in solchen Verfahren der Genehmigung des Gerichts, da § 392 Abs. 1 AO nicht an den neuen Abs. 3 angepasst wurde.

V. Rechtsmittel

- 14 1. **Beschwerde.** Verteidiger iSd. Abs. 1 sind bereits von Gesetzes wegen und nicht erst aufgrund eines positiven Gerichtsbeschlusses zugelassen; insoweit fehlt es daher regelmäßig an einer rechtsmittelfähigen Entscheidung. Hingegen kann auch hinsichtlich dieser Personen ein Zurückweisungsbeschluss – meist in analoger Anwendung des § 146 a⁶⁶ – ergehen, der unter den Voraussetzungen der §§ 304 ff. vom Beschuldigten und seinem Verteidiger, in dessen eigenen Rechtskreis er eingreift,⁶⁷ mit der Beschwerde angefochten werden kann. Die Genehmigung gem. Abs. 2 S. 1 (ggf. iVm. Abs. 3) kann von der StA,⁶⁸ deren Versagung vom Beschuldigten (bzw. der in Abs. 3 genannten Person) sowie von dem gewählten Verteidiger⁶⁹ ebenfalls mit der Beschwerde angefochten werden. Unanfechtbar sind die Entscheidungen des BGH und der OLGs sowie der dort angesiedelten Ermittlungsrichter⁷⁰ (§ 304 Abs. 4 u. 5). Entscheidungen gem. Abs. 2 S. 1 überprüft das Beschwerdegericht nur auf Ermessensfehler.⁷¹
- 15 2. **Revision.** In der Zurückweisung eines Verteidigers iSd. Abs. 1 oder der Versagung der Genehmigung gem. Abs. 2 S. 1 kann nur dann eine gem. § 338 Nr. 8 reversible unzulässige Beschränkung der Verteidigung liegen, wenn sie willkürlich erfolgt ist⁷² oder der Angeklagte auch anderweitig nicht ordnungsgemäß verteidigt war.⁷³ Letzteres dürfte in der Konstellation der Genehmigungsver-

⁵⁴ Meyer-Gofßner Rn. 19.

⁵⁵ Meyer-Gofßner Rn. 19.

⁵⁶ BGH v. 28. 3. 1984 – 3 StR 95/84, BGHSt 32, 326 (328).

⁵⁷ KG v. 16. 1. 1974 – 2 Ws 248/73, NJW 1974, 916.

⁵⁸ BeckOK-StPO/Wessing Rn. 18.

⁵⁹ KK-StPO/Laufhütte Rn. 12.

⁶⁰ Meyer-Gofßner Rn. 19.

⁶¹ AA Meyer-Gofßner Rn. 19; KK-StPO/Laufhütte Rn. 12.

⁶² Löwe/Rosenberg/Lüderssen/Jahn Rn. 25.

⁶³ S. o. Rn. 2–4, 7.

⁶⁴ S. o. Rn. 2, 4, 8–10.

⁶⁵ S. o. Rn. 5.

⁶⁶ S. o. Rn. 2.

⁶⁷ BGH v. 15. 11. 1955 – StB 44/55 (2 BJs 241/55), BGHSt 8, 194.

⁶⁸ KK-StPO/Laufhütte Rn. 17.

⁶⁹ OLG Düsseldorf v. 9. 11. 1987 – 1 Ws 918/87, NSStZ 1988, 91.

⁷⁰ Zur ausnahmsweisen Genehmigungszuständigkeit des Ermittlungsrichters s. o. Rn. 9.

⁷¹ StD. Rspr.; s. zuletzt OLG Koblenz v. 29. 11. 2007 – 1 Ws 605/07, NSStZ-RR 2008, 179.

⁷² KK-StPO/Laufhütte Rn. 18.

⁷³ BGH v. 23. 3. 1977 – 1 BJs 55/75/StB 52/77, BGHSt 27, 154 (159) = NJW 1977, 1208.

sagung gem. Abs. 2 S. 1 bei notwendiger Verteidigung kaum jemals der Fall sein, da dort stets ein Pflichtverteidiger verbleibt. Die in Abs. 3 genannten Personen sind entweder nicht revisionsbefugt oder durch § 338 Nr. 8 nicht geschützt.⁷⁴

§ 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, auch in Verbindung mit § 129 b Abs. 1, 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 freiem 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 Berufsgewichts eine schuldhaftige 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 berufsgewichtlichen 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, auch in Verbindung mit § 129 b Abs. 1, 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.

I. Allgemeines

1. **Regelungsgehalt.** Die praktisch wenig bedeutsamen¹ §§ 138 a und 138 b statuieren in verfassungskonformer² Art und Weise die strafprozessualen Gründe für die Ausschließung des Verteidigers. Ihr Katalog ist zwingend³ und abschließend,⁴ weshalb strafbares (zB beleidigendes oder parteiverräterisches),⁵ standeswidriges⁶ oder sonst unerlaubtes⁷ Verhalten eines Verteidigers, das dort nicht aufgeführt ist, seinen Ausschluss keinesfalls rechtfertigen kann. Die Vorschriften sprechen ohne weitere Differenzierung nur von dem Verteidiger und meinen damit jeden Verteidiger,⁸ also den Wahlverteidiger (und dessen mit Zustimmung des Beschuldigten eingesetzten Unterbevollmächtigten⁹) iSd. § 138 Abs. 1 einschließlich des gem. § 392 AO zugelassenen Angehörigen eines

⁷⁴ § 338 Rn. 68.

¹ Remagen-Kemmerling, Der Ausschluss des Strafverteidigers in Theorie und Praxis, S. 91.

² BVerfG v. 4. 7. 1975 – 2 BvR 482/75, NJW 1975, 2341.

³ BGH v. 27. 5. 1991 – AnwSt(B) 2/91, BGHSt 37, 395 (396).

⁴ Einhellige Meinung; s. statt aller Meyer-Gofßner Rn. 1.

⁵ OLG Nürnberg v. 9. 5. 1995 – Ws 461/95, StV 1995, 287 (289).

⁶ BGH v. 8. 8. 1979 – 2 Ars 231/79, AnwBl. 1981, 115.

⁷ KK-StPO/Laufhütte Rn. 3.

⁸ Löwe/Rosenberg/Lüderssen/Jahn Rn. 8.

⁹ Rief NSStZ 1981, 328 (331).