

Löwe-Rosenberg

Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz

Großkommentar

26., neu bearbeitete Auflage

herausgegeben von

Volker Erb, Robert Esser, Ulrich Franke,
Kirsten Graalmann-Scheerer, Hans Hilger, Alexander Ignor

Vierter Band

§§ 112–150; Sachregister

Bearbeiter:

§§ 112–132: Hans Hilger
§§ 132a–136a: Sabine Gleß
§§ 137–150: Klaus Lüderssen/Matthias Jahn
Sachregister: Christian Pfaff

2007



De Gruyter Recht · Berlin

Bundesverfassungsgericht abesegnet.²¹³ Rechtspolitisch bleibt sie aber vor allem wegen ihrer Starrheit²¹⁴ umstritten.²¹⁵ Nach dem Bundesgerichtshof soll der Zweck der Beschränkung darin liegen, für alle Abschnitte des Verfahrens einen durch die Mitwirkung einer Vielzahl von Verteidigern möglichen Missbrauch der Verteidigung zur Prozessverschleppung und Prozessvereitelung zu verhindern.²¹⁶ Daraus wird vielerorts geschlossen, dass die Dreizahl kumulativ für Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 S. 2 gelten soll.²¹⁷ Angesichts des eindeutigen Wortlauts des § 138 ist diese Ansicht jedoch abzulehnen.²¹⁸

- 79a Die Begrenzung auf drei Verteidiger wird nicht dadurch überschritten, dass ein Beschuldigter sich durch eine **Anwaltssozietät** verteidigen lässt, die mehr als drei Anwälte umfasst, wenn nur hinreichend deutlich gemacht wird, welcher (oder welche maximal drei) der Anwälte den Angeklagten verteidigen.²¹⁹ Die Vorlage einer Vollmachtsurkunde mit einer **Vertretungsanzeige**, in der mehr als drei Anwälte aufgeführt sind, begründet noch nicht die Verteidigereigenschaft aller dieser Anwälte.²²⁰
- 80 Die Vorschrift ist starr und gestattet **keine Abwägung**, ob nicht das Interesse an einem ordnungsgemäßen Verfahrensablauf im Einzelfall mit besonders umfangreicher und besonders schwieriger Materie hinter dem gerechtfertigten Verlangen, mit mehr als drei Verteidigern für ein gerechtes Urteil zu streiten, zurücktreten muss.²²¹
- 81 Die Bestimmung bezieht sich nach ihrer Stellung nur auf den Wahlverteidiger, ist aber wegen der Gleichheit der Aufgaben²²² auf den **Pflichtverteidiger entsprechend** anzuwenden. Daher ist auch ein Pflichtverteidiger, der dem Beschuldigten neben dem Wahlverteidiger bestellt wird, auf die Dreizahl grundsätzlich **anzurechnen**.²²³ ebenso ist der nach § 138 Abs. 2 zugelassene Verteidiger **anzurechnen**.²²⁴ Eine **Rückausnahme** ist allerdings dann anzunehmen, wenn die gerichtliche Beordnung der (im Extremfall: drei) aufgewungenen Pflichtverteidiger dazu führen würde, dass der Anspruch auf den Verteidiger des Vertrauens gänzlich leer liefe. Auch der **Unterbevollmächtigte** wird mitberechnet, wenn er neben dem Hauptbevollmächtigten und nicht nur an dessen Stelle tätig wird; das ergibt sich schon daraus, dass er wegen der erforderlichen Zustimmung des Beschul-

NJW 1977 912 mit abl. Anm. *Sieg* NJW 1977 1975; vgl. auch OLG München NJW 1976 254.

²¹³ BVerfGE 39 156.

²¹⁴ Vgl. Rn. 80.

²¹⁵ Vgl. etwa *Schmidt* MDR 1977 529. Krit. wohl auch *HK/Julius* 3.

²¹⁶ So BGHSt 27 128.

²¹⁷ Vgl. etwa *KK/Laufhütte* 5; *Meyer-Gofßner* 10; *Pfeiffer* 2.

²¹⁸ Vgl. schon oben Rn. 77.

²¹⁹ LG Bielefeld ZfSch 2005 314; LG Bonn AnwBl. 2004 727, 728; LG Bonn AnwBl. 2001 300; AG Ulm ZfSch 2004 286.

²²⁰ OLG Karlsruhe Justiz 2003 641; LG Kempfen ZfSch 2004 285, 286.

²²¹ Krit. daher auch *Roxin* § 19, 26; *Dabs* NJW 1975 1385; *Krekeler* Strafverfahrensrecht und Terrorismus, AnwBl. 1979 212; *HK/Julius* 3; vgl. auch *Vogt* Rechtswirklich-

keit und Effizienz der Strafverteidigung (1991) 47; entsprechende Reformforderungen auch bei *Rzepka* 397.

²²² Vor § 137, 60 ff.

²²³ So auch *HK/Julius* 3, 9 (mit Hinweis auf das Gebot der Gleichstellung und der Gefahr der Überverteidigung gegen den Willen und auf Kosten des Beschuldigten). A.A. BGH MDR 1980 273; BayObLG StV 1988 97; *KK/Laufhütte* 6; *KMR/Hiebl* 22; *Meyer-Gofßner* 5; *AnwK/Krekeler/Werner* 2. *KK/Laufhütte* 6 will aber den Verteidiger, der nur mit Genehmigung des Gerichts (§ 138 Abs. 2, vgl. BGH MDR 1980 274; BGH NSStZ 1981 94) tätig werden darf sowie ausländische Verteidiger anrechnen; so auch *Pfeiffer* 2; *AK/Stern* § 137, 32, 5; *Dünnebieber* NJW 1976 1.

²²⁴ BGH MDR 1980 273; *Meyer-Gofßner* 4; *HK/Julius* 9; *Dünnebieber* NJW 1976 1.

digten für eine wirksame Untervollmacht als weiterer gewählter Verteidiger des Beschuldigten anzusehen ist.²²⁵

Scheidet einer der drei Verteidiger aus, wenn auch nur vorübergehend, kann der Beschuldigte, um die Zahl wieder aufzufüllen, einen neuen wählen.²²⁶ Die Bestimmung darf nicht so verstanden werden, dass der Beschuldigte nur einmal drei Verteidiger wählen darf.²²⁷ Das ergibt sich schon aus der Überlegung, dass sein Recht auf drei Verteidiger nicht durch den Tod eines von ihnen beeinträchtigt werden kann. Problematisch ist, ob bei sukzessiver Wahl und Entlassung von je drei Verteidigern, die sich jeweils neu einarbeiten müssen, eventuell ein Pflichtverteidiger bestellt werden darf.²²⁸

Die früher problematische Frage, was zu geschehen hat, wenn die **Dreizahl überschritten wird**,²²⁹ ist mit der Einfügung des § 146a dahingehend entschieden, dass eine Zurückweisung erforderlich ist und bis dahin die Verteidigerbestellungen wirksam sind.²³⁰ Darüber, wie die Vollmachterteilung an in eine Sozietät zusammengeschlossene Anwälte erfolgt, vgl. § 146, 42. Zu Rechtsmitteln und Revision vgl. § 146a, 16 ff.

V. Ende der Wahlverteidigung

Abgesehen von den Fällen, in denen die Verteidigung durch **Erfüllung** des Vertrags (in der Regel mit Ablauf des Verfahrens zusammenfallend) oder durch **Auflösung** des Vertrags endet, ist hier noch auf die Anträge auf **Umwandlung** der Wahlverteidigung in Pflichtverteidigung hinzuweisen.²³¹

§ 138

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

²²⁵ Vgl. BGH b. *Holtz* MDR 1978 111; BGH NSStZ 1981 94; *Kaiser* Die Verteidigervollmacht und ihre Tücken, NJW 1982 1367, 1368; *Pfeiffer* 1; *HK/Julius* 9; *Meyer-Gofßner* 5; *KK/Laufhütte* Vor § 137, 14; *AnwK/Krekeler/Werner* 2. Zu weitgehend aber KG NJW 1977 912, wonach schon in der Erteilung einer Untervollmacht an einen weiteren Verteidiger ein Verstoß gegen § 137 Abs. 1 S. 2 gesehen wird, vgl. *Sieg* NJW 1977 1975 und dazu noch *Schmidt-Leichner* Strafver-

fahrensrecht 1975 – Fortschritt oder Rückschritt? NJW 1975 417, 420 und M. J. *Schmid* MDR 1979 804.

²²⁶ Vgl. auch *Meyer-Gofßner* 4.

²²⁷ *Meyer-Gofßner* 4; vgl. erg. *Jahn* JuS 2006 272.

²²⁸ Vgl. hierzu § 141, 43 f.

²²⁹ LR/*Dünnebieber*²³ 11, 12, 15.

²³⁰ Genauer § 146a, 1–3; über die Folgen der Zurückweisung § 146a, 12–13.

²³¹ Näher dazu § 142, 17.

Schrifttum

Beitlich Anmerkungen zu dem Thema „Rechtsfolgen nach dem Tod des Angeklagten im Strafverfahren“, NStZ 1988 490; Bergmann Ausländische Hochschullehrer als Strafverteidiger? MDR 1982 97; Bornemann Prozeßvertretung durch Hochschullehrer und das Rechtsberatungsgesetz, MDR 1985 192; Deumeland Fachhochschullehrer jetzt auch als Strafverteidiger, RpflStud. 2004 178; Hilla Volljuristen als Verteidiger, NJW 1988 2525; B. Kramer Der Rechtslehrer an einer Fachhochschule als Strafverteidiger, GS Gülzow (1999) 83; Nestler Die Verteidigerstellung gem. § 138 Abs. 2 StPO und das Rechtsberatungsgesetz, FS Kohlmann 653; Schröter Der Hochschullehrer als Strafverteidiger, Diss. Regensburg 1987; C. Seibert „Andere Personen“ als Verteidiger, JZ 1951 440; E. Werner Der dienstleistende europäische Rechtsanwalt (auch als Strafverteidiger) nach dem EuRAG, StraFo 2001 221; Weyand Fachhochschullehrer als Verteidiger im Strafverfahren, NWB 2004 467; ders. Auswirkungen des „Ersten Justizmodernisierungsgesetzes“ auf das Steuerstrafverfahren, INF 2004 758; Willems Die unterschiedliche Interessenwahrnehmungsbefugnis des Rechtslehrers im deutschen Verfahrensrecht (2001).

Entstehungsgeschichte. Durch Art. 3 Nr. 6a des Ersten Justizmodernisierungsgesetzes (1. JuMoG) vom 24.8.2004¹ sind in Abs. 1 die Worte „im Sinne des Hochschulrahmengesetzes mit der Befähigung zum Richteramt“ eingefügt worden. Ziel des Gesetzgebers war es, mit Rücksicht auf die geänderte Rechtsprechung des BGH² klarzustellen, dass auch Fachhochschullehrer zu den nach § 138 Abs. 1 wählbaren Verteidigern gehören.³ Art. 5 Nr. 1 des Gesetzes zur Stärkung der Selbstverwaltung der Rechtsanwaltschaft vom 26.3.2007⁴ hat in Abs. 1 zur Streichung der Qualifikation der Rechtsanwälte, die früher „bei einem deutschen Gericht zugelassen“ sein mussten, geführt. Im Übrigen ist die Vorschrift nie geändert worden.

Gleichwohl hat es, weil die rechtlichen Rahmenbedingungen nicht konstant blieben, stets große Schwankungen bei ihrer Anwendung gegeben. Erst am 11.7.1922 wurde Frauen durch das Gesetz über die Zulassung der Frauen zu den Ämtern der Rechtspflege die Möglichkeit eröffnet, als Rechtsanwältinnen und damit auch als Verteidigerinnen aufzutreten. Dies geschah unter Einlösung des Versprechens der Art. 109, 128 Weim. Verf. – und unter heftigen Widerständen.⁵ Aufgrund des Gesetzes vom 7.4.1933⁶ wurde in § 3 die Zulassung solcher Anwälte zurückgenommen, die sich im „kommunistischen Sinne betätigt hatten“.⁷ Dazu zählte z.B. die wiederholte Verteidigung von Kommunisten und Sozialdemokraten.⁸ Außerdem sah das Gesetz in § 1 die Rücknahme der Zulassung von Anwälten nichtarischer Abstammung mit einer Durchführungsfrist bis zum 30.9.1933 vor.⁹ Daneben wurde am 1.4.1933 zum Boykott jüdischer Rechtsanwaltspraxen aufgerufen.¹⁰ Mit der 5. Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 27.9.1938¹¹ wurden mit einer Übergangsfrist bis zum 30.11.1938 alle noch bestehenden Zulassungen nichtarischer Rechtsanwälte zurückgenommen.¹² Jüdische Angeklagte wiederum durften nicht von „deutschen“ Rechtsanwälten verteidigt werden. Ihnen wurde ein jüdischer „Konsulent“ zugeteilt, der jedoch als „Verteidiger“ vielfach diskriminiert wurde (der Niederlassungs-

¹ BGBl. I S. 2198.

² BGHSt 48 350; s. erg. Rn. 9.

³ Vgl. BTDrucks. 15 3482 S. 21; Weyand INF 2004 758, 760.

⁴ BGBl. I S. 365.

⁵ Vgl. Ostler NJW 1979 1962.

⁶ RGBl. I S. 175.

⁷ Ostendorf StV 1983 121; Ostler AnwBl. 1983 54.

⁸ Ostendorf aaO.

⁹ Ostler aaO.

¹⁰ Ostendorf aaO; Ostler aaO 53.

¹¹ RGBl. I S. 1403.

¹² Ostler aaO 54.

ort wurde zugeteilt, er durfte keine Robe tragen und musste statt dessen einen Judensterne an seiner Kleidung anbringen¹³). Auch auf andere Weise wurde die freie Wahl des Verteidigers eingeschränkt: In Schutzhaftensachen musste der Verteidiger nach einer Anordnung vom 31.8.1938 das besondere Vertrauen der Staatspolizei genießen.¹⁴ Die Vertretung vor dem Volksgerichtshof bedurfte der Zustimmung des Vorsitzenden des Gerichts.¹⁵ Durch die Kriegsverordnung vom 1.3.1943 wurde die Möglichkeit geschaffen, Rechtsanwälte im Alter von über 65 Jahren in den Ruhestand zu versetzen. Außerdem waren Frauen zur Rechtsanwaltschaft nicht mehr zugelassen.¹⁶ Am 21.5.1942 wurde durch Runderlass des Reichsjustizministers den deutschen Rechtsanwälten die Verteidigung von polnischen Angeklagten in Polen standesrechtlich verboten. Polnische Rechtsanwälte durften nur bei „Zuverlässigkeit“ verteidigen.¹⁷ Auch im Russlandfeldzug wurden den Angeklagten aus der fremden Bevölkerung Wahlverteidiger oder gar überhaupt ein Beistand verwehrt (Gerichtsbarkeitserlass „Barbarossa“ vom 13.5.1941 und Kommissarbefehl vom 6.6.1941).¹⁸ Die oben aufgeführten Zulassungsbeschränkungen entfielen nach 1945, so dass – bei gleichlautendem § 138 – wieder eine freie Wahl des Verteidigers möglich wurde.

Übersicht

	Rn.		Rn.
I. Verteidiger (Abs. 1)	1	II. Wahl	
1. Rechtsanwälte	2	1. Verteidigervollmacht	10
a) Befähigung zum Richteramt	3	2. Vertretungsvollmacht	12
b) Eingliederung nach dem EuRAG	3a	3. Nachweis der Vollmacht	13
c) Eignungsprüfung nach dem EuRAG	3b	4. Dauer der Vollmacht	16
2. Niedergelassene europäische Rechtsanwälte	7	5. Untervollmacht	19
3. Dienstleistende europäische Rechtsanwälte	7c	a) Grundsatz	19
4. Steuerberater, Steuerbevollmächtigte, Wirtschaftsprüfer und vereidigte Buchprüfer	8	b) Einwilligung	20
5. Rechtslehrer an deutschen Hochschulen	9	c) Allgemeiner Vertreter eines Rechtsanwalts	21
		d) Personenkreis	22
		III. Andere Personen (Abs. 2, 1. Alt.)	23
		IV. Andere Personen und notwendige Verteidigung, (Abs. 2, 2. Alt.)	35

I. Verteidiger (Abs. 1)

Die Wahl – d.h. der Vertrag zwischen Beschuldigtem und Verteidiger – genügt (d.h. es bedarf keines weiteren konstitutiven Zulassungsakts durch das Gericht), wenn es sich handelt um:

1. **Rechtsanwälte.** Die Voraussetzungen, unter denen jemand in Deutschland¹⁹ als Rechtsanwalt zugelassen werden kann, sind mit Rücksicht auf die Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiete des Berufsrechts für Rechtsanwälte bereits

¹³ Ostler aaO 54 f.; Ostendorf aaO 122.

¹⁴ Ostler aaO 57; Ostendorf aaO 123.

¹⁵ Ostendorf aaO 122.

¹⁶ Ostler NJW 1979 1963.

¹⁷ Ostendorf aaO.

¹⁸ Ostendorf aaO 123.

¹⁹ Zu den Voraussetzungen, unter denen nach dem Rechtsanwaltsgesetz der früheren DDR (RAG-DDR) zugelassenen Rechtsanwälte tätig werden können und den damit verbundenen Übergangsregeln vgl. Feuerich/Weyland § 4, 29 ff.

im Jahr 2000 erweitert worden.²⁰ Im Jahr 2007²¹ ist dann die Voraussetzung der Zulassung zur (deutschen) Rechtsanwaltschaft ausdrücklich gestrichen worden. Danach sind (in dem neugefassten) § 4 BRAO drei Möglichkeiten eröffnet:

- 3 a) **Befähigung zum Richteramt** nach dem DRiG. Erforderlich ist also die Ablegung der Ersten und Zweiten juristischen (Staats-) Prüfung (§§ 5a Abs. 1, 5 Abs. 1 DRiG²²) oder die – nicht an die Ablegung von (Staats-) Prüfungen gebundene – Ernennung zum ordentlichen Professor des Rechts an einer Universität (§ 7 DRiG²³). Da die Ernennung zum Rechtslehrer an anderen Hochschulen im Sinne des § 1 S. 1 HRG nicht mit Befähigung zum Richteramt verbunden ist (Umkehrschluss zu § 7 DRiG), müssen insbesondere die jetzt grundsätzlich erfassten Fachhochschullehrer oder Rechtslehrer an anderen staatlichen Bildungseinrichtungen mit dem landesrechtlichen Rang einer staatlichen Hochschule²⁴ die Erste und Zweite Juristische (Staats-) Prüfung erfolgreich abgelegt haben, um nach Abs. 1 zu Verteidigern gewählt werden zu können.²⁵ Für die verbeamteten Hochschullehrer stellt sich zwar das Problem, dass der Anwaltsberuf mit der Stellung als aktiver Beamter grundsätzlich nicht vereinbar ist (vgl. § 7 Nr. 10 BRAO), so dass die erste Alternative des Abs. 1 für diese nur dann praktische Bedeutung erlangt, wenn sie ihre Stellung nicht angetreten oder wieder aufgegeben haben oder entpflichtet sind.²⁶ Gerade hier greift aber die zweite Alternative des § 138 Abs. 1.²⁷
- 3a b) **Eingliederung nach dem EuRAG.** In der Regel muss für eine Eingliederung²⁸ „eine mindestens dreijährige effektive und regelmäßige Tätigkeit als niedergelassener europäischer Rechtsanwalt in Deutschland auf dem Gebiet des deutschen Rechts einschließlich des Gemeinschaftsrechts“ nachgewiesen werden²⁹ (§ 11 Abs. 1 S. 1 EuRAG). Wie dieser Nachweis zu erbringen ist, bestimmt im Einzelnen § 12 EuRAG.
- 3b c) **Eignungsprüfung nach dem EuRAG.** Voraussetzung für die Ablegung der Eignungsprüfung³⁰ ist, dass in einem Mitgliedsstaat der Europäischen Union oder eines

²⁰ Durch Art. 2 Ziff. 1 des Gesetzes zur Umsetzung von Richtlinien der europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiete des Berufsrechts der Rechtsanwälte, BGBl. I 2000 S. 190. Demgemäß wurde durch Art. 10 Abs. 1 Ziff. 1 des gleichen Gesetzes das Rechtsanwalts-Dienstleistungsgesetz vom 17.8.1980 (EuGRAG) außer Kraft gesetzt. Über die Rechtslage unter der Geltung dieses Gesetzes informiert Vorauf. § 138, 6 f. Über die Rechtslage nach Erlass der Richtlinien (1998) bis zu deren nationalstaatlicher Umsetzung *Sobotta/Kleinschnittger* Freizügigkeit für Anwälte in der EU nach der Richtlinie 98/5/EG, EuZW 1998 645, 646 f.

²¹ Vgl. Entstehungsgeschichte.

²² Für zukünftige Absolventen i.d.F. des Gesetzes zur Reform der Juristenausbildung v. 11.7.2002, BGBl. I S. 2592.

²³ Der Fall des ordentlichen Professors mit der Lehrbefugnis (auch) für das Strafrechtsrecht, der nicht die Zweite Juristische Staatsprüfung abgelegt hat, kommt vor.

²⁴ S. Entstehungsgeschichte und unten Rn. 9.

²⁵ So auch *Knauer/Wolf* Zivilprozessuale und strafprozessuale Änderungen durch das Erste Justizmodernisierungsgesetz, NJW 2004 2932, 2938 Fn. 71; *Gruber* NJ 2004 134.

²⁶ *Feuerich/Weyland* § 4, 13.

²⁷ Unten Rn. 9.

²⁸ Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland, eingeführt durch Art. 1 des in Rn. 2 genannten Gesetzes. Umfassend dazu *Lach* Die Möglichkeiten der Niederlassung europäischer Rechtsanwälte in Deutschland, NJW 2000 1609; *Sassenbach/Stöhr* Die Niederlassung ausländischer Rechtsanwälte in Deutschland, BRAK-Mitt. 2007 155.

²⁹ Über Ausnahmen (Verkürzung der Frist) s. §§ 13 ff. EuRAG.

³⁰ Einzelheiten sind in der Verordnung über die Eignungsprüfung für die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft in der Fassung des Art. 3 des in Rn. 2 genannten Gesetzes (aaO 191)

anderen Vertragsstaates des Abkommens über den europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz eine Berufsausbildung abgeschlossen worden ist, „die zum unmittelbaren Zugang zum Beruf eines europäischen Rechtsanwalts (§ 1 EuRAG) berechtigt“ (§ 16 Abs. 1 EuRAG). Wer seine Berufsausbildung nicht überwiegend in Mitgliedsstaaten der Europäischen Union oder anderen Vertragsstaaten des Abkommens über den europäischen Wirtschaftsraum absolviert hat, kann die Eignungsprüfung ablegen, wenn er „den Beruf eines europäischen Rechtsanwalts tatsächlich und rechtmäßig mindestens drei Jahre ausgeübt hat und dies von dem Mitgliedsstaat oder Vertragsstaat oder der Schweiz bescheinigt wird, der die Ausbildung anerkannt hat“ (§ 16 Abs. 2 EuRAG). Was die Anforderungen an die Eignungsprüfung angeht, so muss sie unter anderem dem „Umfang Rechnung tragen, daß der Antragsteller in einem Mitgliedsstaat der Europäischen Union oder einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz über eine berufliche Qualifikation zur Ausübung des Rechtsanwaltsberufes verfügt“ (§ 17 EuRAG).

Weitere formelle Voraussetzung ist, dass der Rechtsanwalt über die Zulassung eine von der Rechtsanwaltskammer ausgefertigte Urkunde erhält (§ 12 Abs. 1 BRAO). Die Befugnis, die Anwaltstätigkeit auszuüben, beginnt, wenn der Anwalt im elektronischen Rechtsanwaltsverzeichnis (§ 31 Abs. 1 BRAO) eingetragen ist. Die Zulassung erlischt u.a., wenn durch rechtskräftiges Urteil auf Ausschließung aus der Rechtsanwaltschaft erkannt ist (§§ 13, 31 Abs. 4 BRAO), oder wenn die Rechtsanwaltskammer die Zulassung rechtskräftig zurückgenommen hat (§ 16 Abs. 1 BRAO).

Der nach Abs. 1 zum Verteidiger gewählte Rechtsanwalt muss in den Fällen notwendiger Verteidigung (§ 140) während der gesamten Dauer der Verteidigung eine Rechtsanwaltszulassung besitzen. Ist dies nicht der Fall, begründet ein in der Hauptverhandlung bestehender Zulassungsmangel des Scheinverteidigers den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 5.³¹ Ein gegebenenfalls erklärter Rechtsmittelverzicht ist unwirksam; der Angeklagte kann also gegen die Versäumung der Rechtsmittelfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erlangen.³² Dies gilt allerdings nicht, wenn der Widerruf der Zulassung zur Zeit der Hauptverhandlung noch nicht bestandskräftig gewesen ist.³³

Nicht erforderlich ist, dass die Rechtsanwälte bei dem deutschen Gericht zugelassen sind, bei dem die Verteidigung stattfinden soll.³⁴ Die allein beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwälte darf der Beschuldigte jedoch nur zur Verteidigung vor diesem Gericht, dem Bundesverfassungsgericht und internationalen oder zwischenstaatlichen Gerichten, etwa dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (Art. 19 EMRK), wählen (§ 172 Abs. 1 BRAO).³⁵ Sie dürfen bei anderen als den in § 172 Abs. 1 BRAO genannten Gerichten nur auftreten, wenn jene ersuchte Gerichte dieser Gerichte sind (§ 172 Abs. 2 BRAO). Das Verbot, vor Gericht aufzutreten, schließt auch das Verbot ein, Schriftsätze für andere als die in § 172 Abs. 1 BRAO genannten Gerichte zu unterzeichnen und bei ihnen einzureichen. Revisionsanträge und Revisionsbegründung (§ 345 Abs. 2) sowie Anfragen beim Instanzgericht (etwa in Bezug auf die Gesetzmäßigkeit der

geregelt. Siehe dazu VG Stuttgart BRAK-Mitt. 2005 143; *Eichele* Voraussetzungen für Teilnahme an der Eignungsprüfung zur Zulassung zur deutschen Rechtsanwaltschaft, BRAK-Mitt. 2006 47 f.

³¹ BGHSt 47 238 m. zust. Anm. *Beutel/Angerer* NSZ 2002 443.

³² BGHSt 47 238. Zur Unwirksamkeit des

Rechtsmittelverzichts vgl. LR/*Hanack*²⁵ § 302, 46 ff.

³³ BGHR StPO § 338 Nr. 5 Verteidiger 6.

³⁴ Zu regionalen Restriktionen vgl. AK/*Stern* 11.

³⁵ Diese Spezialregelung zur Singularzulassung ist nach BVerfGE 106 216 verfassungsgemäß; vgl. auch AnWk/*Kreker/Werner* 1.

Besetzung) gehören jedoch schon zur **Verteidigung vor dem Bundesgerichtshof** und stehen daher auch dem am Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt zu, wenn auch die Schriftsätze beim Landgericht einzureichen sind (§ 341 Abs. 1, § 345 Abs. 1).

- 6 Wird gegen einen zugelassenen Rechtsanwalt ein **Berufsverbot** verhängt (§ 150 Abs. 1; § 153 BRAO; § 70 Abs. 1 StGB), darf er seinen Beruf nicht ausüben (§ 155 Abs. 2 BRAO). Wird ein **Vertretungsverbot** ausgesprochen (§ 150 Abs. 1, § 153 BRAO), darf der Rechtsanwalt nicht als Vertreter und Beistand in Person oder im schriftlichen Verkehr vor einem Gericht, vor Behörden oder gegenüber anderen Personen tätig werden oder Vollmachten oder Untervollmachten erteilen (§ 155 Abs. 3 BRAO). Dieselben Wirkungen wie das Berufsverbot des § 70 Abs. 1 StGB hat das **vorläufige Berufsverbot** (§ 132a Abs. 1) sowie das vorläufige Verbot, auf bestimmten Rechtsgebieten als Vertreter und Beistand tätig zu werden (§ 161a Abs. 1 und 2 BRAO). Durch das Berufsverbot nach § 150 Abs. 1, § 153 BRAO wird die Wirksamkeit der von dem betroffenen Rechtsanwalt (gleichwohl) vorgenommenen Rechtshandlungen nicht berührt (§ 155 Abs. 5 BRAO),³⁶ nach einer vereinzelt vertretenen Ansicht auch dann, wenn er sie in eigener Sache vornimmt,³⁷ was indessen mit dem Charakter der Vorschrift als einer Schutzvorschrift für den gutgläubigen Mandanten kaum vereinbar ist.³⁸ Weil die Verbote nach § 70 Abs. 1 StGB und nach § 132a Abs. 1 die gleiche Wirkung haben, muss man die dem Mandanten des Anwalts dienende Schutzvorschrift des § 155 Abs. 5 BRAO auf das Berufsverbot des § 70 Abs. 1 StGB und auf das vorläufige Berufsverbot des § 132a Abs. 1 entsprechend anwenden.

- 7 2. **Niedergelassene europäische Rechtsanwälte.** Gemäß § 2 Abs. 1 EuRAG ist, „wer als europäischer Rechtsanwalt auf Antrag in die für den Ort seiner Niederlassung“ (in Deutschland) „zuständige Rechtsanwaltskammer aufgenommen wurde (...), berechtigt, unter der Berufsbezeichnung des Herkunftsstaates³⁹ die Tätigkeit eines Rechtsanwalts gemäß §§ 1 bis 3 der Bundesrechtsanwaltsordnung auszuüben (niedergelassener europäischer Rechtsanwalt)“, unbeschadet dessen, dass er nicht zur deutschen Rechtsanwaltschaft zugelassen ist. Mitglied der deutschen Rechtsanwaltskammer dürfen sie hingegen werden. Die Voraussetzungen für die Aufnahme sind in den §§ 2 ff. EuRAG geregelt.⁴⁰

- 7a Der niedergelassene europäische Rechtsanwalt „kann in allen Fällen tätig werden, in denen nach den Gesetzen das Handeln oder Auftreten eines **Rechtsanwalts vorgeschrieben ist**, und deshalb finden alle Vorschriften der Verfahrensordnungen und sonstiger Gesetze auf ihn Anwendung, die in ihrem Tatbestand an die Eigenschaft als Rechtsanwalt anknüpfen“.⁴¹ Allerdings fehlt ein Verweis auf die Vorschriften des 8. Teils der BRAO. Daraus folgt, dass „dem unter seiner ursprünglichen Berufsbezeichnung tätigen Rechtsanwalt der Zugang zu einer Tätigkeit vor dem Bundesgerichtshof verwehrt“ ist.⁴² Für das Auftreten vor dem Bundesgerichtshof in Strafsachen gelten die im 8. Teil der BRAO ausgesprochenen Beschränkungen allerdings nicht. Dass auf diesen Teil der

³⁶ So auch OLG Celle NStZ 1989 338 m. zust. Anm. Feuerich; KK/Laufhütte 4; AK/Stern 11.

³⁷ OLG Oldenburg NdsRpfl. 1963 117.

³⁸ Ebenso Feuerich NStZ 1989 339.

³⁹ Daraus folgt, dass niedergelassene europäische Rechtsanwälte die Bezeichnung „europäischer Rechtsanwalt“ als Berufsbezeichnung

in der Werbung nicht verwenden dürfen (§ 5 EuRAG).

⁴⁰ Soweit es sich um Mitglieder von Sozietäten im Herkunftsland handelt, regelt § 8 EuRAG das Erforderliche.

⁴¹ BRDrucks. 567 99 S. 56.

⁴² BRDrucks. 567 99 S. 45.

BRAO nicht verwiesen wird, ist also für den niedergelassenen europäischen Rechtsanwalt, der in einer Strafsache tätig wird, ohne Bedeutung.

Der niedergelassene europäische Rechtsanwalt muss seine Berufsausübung in Deutschland einstellen, „wenn ihm seitens der zuständigen Stelle des Herkunftslandes die Berechtigung zur Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit vorläufig, zeitweilig oder dauernd entzogen worden ist“, § 6 Abs. 4 EuRAG. Im Übrigen ist er nach Maßgabe von § 6 EuRAG **berufsrechtlichen Maßnahmen** ausgesetzt. Davon zu unterscheiden ist das Verfahren über **Rücknahme und Widerruf** der Aufnahme in die deutsche Rechtsanwaltskammer (§ 4 EuRAG).

3. **Dienstleistende europäische Rechtsanwälte** (§§ 25 ff. EuRAG). Er ist nicht zur deutschen Rechtsanwaltschaft zugelassen und kann auch nicht Mitglied der deutschen Rechtsanwaltskammer werden.⁴³ Für die Aufnahme von **Tätigkeiten** auf dem Gebiet der **Strafverteidigung** gibt es (daher) erhebliche Einschränkungen. Der dienstleistende europäische Rechtsanwalt kann nur mit einem **Einvernehmensanwalt** handeln,⁴⁴ dessen Einverständnis schriftlich nachzuweisen ist⁴⁵:

a) wenn es sich um **gerichtliche Verfahren wegen Straftaten**⁴⁶ handelt, in denen der Mandant sich nicht selbst verteidigen kann, § 28 Abs. 1 EuRAG. Das sind die Fälle der **notwendigen Verteidigung**. Für Wahlverteidiger gilt diese Einschränkung also nicht. Der Einvernehmensanwalt kann ein bei einem deutschen Gericht zugelassener Rechtsanwalt sein, also auch ein gemäß § 11 ff. EuRAG eingegliedertes oder aufgrund der Eignungsprüfung zugelassener Rechtsanwalt,⁴⁷ nicht aber ein niedergelassener europäischer Rechtsanwalt.⁴⁸

b) bei Kontakten mit einem **nicht auf freiem Fuß befindlichen Mandanten**, § 30 Abs. 1 S. 1 EuRAG, d.h. bei **Besuchen und schriftlichem Verkehr**. Davon, dass der Verteidiger sich nicht selbst verteidigen kann, ist hier keine Rede; es sei denn, man vermutet dies im Falle der Haft unwiderleglich. Die Regelung gilt also auch für **Wahlverteidiger**. Wenn allerdings eine Gefährdung der Sicherheit nicht zu befürchten ist, kann „das Gericht oder die Behörde (...) den Besuch ohne Begleitung oder den unmittelbaren schriftlichen Verkehr“ gestatten, § 30 Abs. 2 EuRAG. In diesem Zusammenhang ist die Regelung des § 30 Abs. 3 EuRAG zu beachten, wonach auf den Einvernehmensanwalt einige Vorschriften der Strafprozessordnung entsprechend anzuwenden sind, nämlich die §§ 138a bis 138d, 146, 146a, 148. Das Gleiche gilt für die §§ 26, 27 Abs. 3, 29 Abs. 1 und 31 Abs. 4 des StVollzG.⁴⁹

⁴³ Es gibt aber Aufsichtsrechte der Rechtsanwaltskammer, vgl. §§ 26 Abs. 2, 32 Abs. 4 EuRAG.

⁴⁴ AnwK/Krekel/Werner 1. Zu den kostenmäßigen Konsequenzen (Hinzuziehung eines Dolmetschers) KG NStZ 2002 52.

⁴⁵ Vgl. zur Regelung in § 67 Abs. 1 Satz 1 VwGO: BVerwG, Beschl. v. 11.1.2006 – 7 B 64/05.

⁴⁶ Mit „gerichtlichen Verfahren“ sind wohl nur die Hauptverfahren gemeint; Ermittlungs- und Vollstreckungsverfahren müssten mit dem Begriff der „behördlichen Verfahren“ erfasst werden.

⁴⁷ S. oben Rn. 3a, b.

⁴⁸ Vgl. auch Werner StraFo 2001 221, 222 sowie Klein AnwBl. 2000 190; Weirauch BRAK-Mitt. 2000 155f.

⁴⁹ In § 28 EuRAG fehlt dieser Hinweis. Dafür gibt es keine Logik, es sei denn, auf die dort fixierte Tätigkeit des Einvernehmensanwaltes seien jene Vorschriften direkt anwendbar. Das wird man aber schon mit Blick auf die Regelung des § 28 Abs. 3 EuRAG (es bedarf keines Vertrages zwischen Einvernehmensanwalt und Mandant) nicht sagen können.

- 8 4. Steuerberater, Steuerbevollmächtigte, Wirtschaftsprüfer und vereidigte Buchprüfer. Sie können in Steuersachen zu Verteidigern gewählt werden, soweit das Finanzamt (Hauptzollamt) das Verfahren selbständig durchführt (§ 392 Abs. 1 AO). Sonst können sie – ohne besondere Zulassung nach Abs. 2 – die Verteidigung nur in Gemeinschaft mit einem Rechtsanwalt oder Rechtslehrer durchführen,⁵⁰ soweit sie nicht, wenn die Verteidigung nicht notwendig ist, nach Abs. 2 als – alleiniger – Verteidiger ausdrücklich zugelassen werden. Durch Art. 12g Abs. 11 Nr. 1 des Ersten Justizmodernisierungsgesetzes (1. JuMoG) vom 24.8.2004⁵¹ ist § 392 Abs. 1 2. Hs. AO redaktionell an die Änderung von § 138 Abs. 1 angepasst und ebenfalls mit den Zusatz „im Sinne des Hochschulrahmengesetzes mit der Befähigung zum Richteramt“ versehen worden.⁵²
- 9 5. Rechtslehrer an deutschen Hochschulen im Sinne des Hochschulrahmengesetzes. Das sind selbstständig und hauptberuflich ein Rechtsgebiet (nicht notwendig Straf- oder Strafprozessrecht) in Lehre und Forschung vertretende Personen, also (Universitäts-) Professoren⁵³ (auch Honorarprofessoren⁵⁴, außerordentliche und Assistenzprofessoren und entpflichtete oder pensionierte Professoren, soweit sie der Hochschule kooperationsrechtlich weiter angehören⁵⁵) und habilitierte Dozenten (es sei denn, sie haben einen anderen Hauptberuf), nicht aber wissenschaftliche Oberräte, Lehrbeauftragte,⁵⁶ wissenschaftliche Assistenten⁵⁷ und wissenschaftliche Mitarbeiter nach TVL oder BAT a.F. Sie müssen einer deutschen Universität oder gleichgestellten staatlichen wissenschaftlichen Hochschule im Sinne des § 1 HRG angehören. Nicht erfasst sind dagegen Rechtslehrer an einer privaten Hochschule (z.B. Bucerius Law School), selbst wenn diese staatlich anerkannt ist (§ 1 S. 2 HRG).⁵⁸ Fachhochschullehrer waren nach der bisher herrschenden, sich auf die Rechtsprechung des BVerwG⁵⁹ zu § 67 VwGO a.F. stützenden Auffassung keine Rechtslehrer im Sinne der Vorschrift.⁶⁰ Mit Beschluss vom 28.8.2003 hat der BGH in Abkehr von seiner bisherigen, allerdings nur in einem obiter dictum geäußerten Auffassung⁶¹ entschieden, dass grundsätzlich auch Fachhochschullehrer zu den im Rahmen von Abs. 1 als Verteidiger wählbaren Personen gehören.⁶² In prompter Reaktion hierauf hat der Gesetzgeber durch Art. 3 Nr. 6a des Ersten Justizmodernisierungsgesetzes

⁵⁰ OLG Hamburg NJW 1981 934; KG JR 1988 391 mit Anm. Hammerstein; Joecks 4; AnwK/Krekeler/Werner 3; allg. I. Meyer, DSr 2005 1477; Werner, FS 15 Jahre Berufsakademie Villingen-Schwenningen (1995), 179. Zu den gebührenmäßigen Konsequenzen, wenn ein Angehöriger der steuerberatenden Berufe die Verteidigung nur gemeinsam mit einem Rechtsanwalt oder Rechtslehrer führen kann, vgl. KG NSzZ 1982 207, 208.

⁵¹ BGBl. I 2198.

⁵² Vgl. BTDrucks. 15 3482 S. 26.

⁵³ BGHSt 34 87. Zu den vergütungsmäßigen Konsequenzen unten Rn. 9 a.E.

⁵⁴ AK/Stern 13; KMR/Hiebl 18; HK/Julius 5; Meyer-Göfner 4; Joecks 3; Kühne 167; Schröter 38 m.w.N.

⁵⁵ BVerwGE 52 161, 163; AK/Stern 13; KMR/Hiebl 18. Erg. oben Rn. 3.

⁵⁶ AK/Stern 13; HK/Julius 5; Meyer-Göfner 4; Kühne 167; BerlVerfGH NJW 1995 1212; Deumeland SZS 1989 50; Schröter 47 ff., 52 mit weit. Nachw.; ebenso Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner-Meissner § 67 VwGO, 26. A.A. OLG Jena StraFo 1999 349 f.; KMR/Hiebl 20; KK/Laufhütte 5 (es sei denn, es ist ihm nicht erlaubt, selbstständig zu lehren).

⁵⁷ Schröter 40.

⁵⁸ Vgl. BeckOK VwGO/Hartung (Stand: 1.2.2007), § 67 VwGO, 6.

⁵⁹ BVerwG NJW 1975 1899.

⁶⁰ Zum früheren Meinungsstand – mit Nachw. – Kramer GS Gülzow (1999) 83.

⁶¹ BGHSt 34 85, 87 f.

⁶² Eingehend BGHSt 48 350 m. Anm. Gruber NJ 2004 134. Ebenso bereits OLG Dresden NSzZ-RR 2001 205 und OLG Jena StraFo 1999 349 m. Anm. Deumeland. A.A. zuletzt OLG Brandenburg NSzZ-RR 2004 85.

(1. JuMoG) vom 24.8.2004⁶³ den Kreis der in Abs. 1 genannten „Rechtslehrer an deutschen Hochschulen“ um den Zusatz „im Sinne des Hochschulrahmengesetzes mit Befähigung zum Richteramt“ erweitert. Damit ist nicht nur eine Vereinheitlichung mit dem bereits durch das RMBereinVpG vom 20.12.2001⁶⁴ in gleichem Umfang geänderten § 67 Abs. 1 S. 1 VwGO erfolgt, sondern auch gesetzlich klargestellt, dass sämtliche Rechtslehrer an deutschen (staatlichen) Hochschulen im Sinne von § 1 HRG mit der Befähigung zum Richteramt – in erster Linie also Fachhochschullehrer – nach Abs. 1 zu Verteidigern gewählt werden können.⁶⁵ Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist für die Eigenschaft des Rechtslehrers eine aktive Tätigkeit an einem juristischen Fachbereich oder einer juristischen Fakultät nicht erforderlich.⁶⁶ Das ist mit Blick auf den Schutz der Rechte des Angeklagten schon aufgrund fehlender Fortbildungspflicht des Rechtslehrers im Einzelfall möglicherweise nicht ganz unbedenklich, aber Konsequenz der auf Vereinheitlichung bedachten gesetzlichen Konzeption.⁶⁷ Unerheblich ist auch, dass der Hochschullehrer nach erfolgter Wahl zum Verteidiger an eine ausländische Hochschule wechselt.⁶⁸ Aus der Zulassung der Hochschullehrer durch die Strafprozessordnung folgt, dass sie eine Verteidigung auch geschäftsmäßig übernehmen dürfen, ohne eine Erlaubnis nach dem bisherigen § 1 RBERG einholen zu müssen.⁶⁹ Der mit dem (überarbeiteten) RegE eines Rechtsdienstleistungsgesetzes geplante Wegfall des RBERG wirkt sich daher auf § 138 Abs. 1 nicht aus.⁷⁰ Auch in Bezug auf die Erstattung von Vergütungen werden die Hochschullehrer den Rechtsanwälten bislang gleichgestellt.⁷¹

II. Wahl

1. **Verteidigervollmacht.** Von Wahl eines Verteidigers spricht das Gesetz, um die Möglichkeit des Auswählens zu betonen. Rechtlich erheblich ist nicht die Wahl, sondern im Verhältnis zum Gewählten der Abschluss eines Vertrages auf Geschäftsbesorgung

⁶³ BGBl. I 2198. Weitere Nachw. oben Rn. 3.

⁶⁴ BGBl. I 3987.

⁶⁵ Vgl. BTDrucks. 15 3482 S. 21. Wegen der Regelung in § 7 DRiG benötigt der Universitätsprofessor also nicht zwingend ein Zweites (Staats-)Examen, vgl. oben Rn. 3.

⁶⁶ Weyand INF 2004 758, 760.

⁶⁷ Weitere Bedenken bei Barton (Einführung) § 4, 41.

⁶⁸ OLG Koblenz NSzZ 1981 403; zust. Meyer-Göfner 4, der zu Recht klarstellt, dass davon nicht die Übernahme neuer Mandate nach dem Auslandswechsel erfasst wird; vgl. dazu auch Bergmann MDR 1982 97.

⁶⁹ Gegen die Anwendbarkeit des RBERG auf Hochschullehrer des Rechts überhaupt Kühne 168 m.w.N. A.A. Bornemann MDR 1985 192 mit Verweis auf die Entstehungsgeschichte des RBERG; zur Problematik der Übernahme der Prämissen des Gesetzgebers von 1935 in das Recht der Bundesrepublik vgl. aber Lüderssen Der freie Zugang zum Recht – Analyse fragwürdiger gewordener

gesetzlicher Hürden, in: ders. Kriminalpolitik auf verschlungenen Wegen (1981) 175; s. ferner Dombek BRAK-Mitt. 2001 98, 99 f.

⁷⁰ Insoweit zutr. RegE RDG (BRats-Ds. 623/06, S. 68). Siehe allg. B. Grunewald Die Entwicklung der Rechtsprechung zum anwaltlichen Berufsrecht in den Jahren 2004 und 2005, NJW 2006 2306, 2307.

⁷¹ OLG Düsseldorf NSzZ 1996 99 f. (unter fehlender Bezugnahme auf KK/Laufhütte vor § 137, 4) m. Anm. Deumeland; LR/Hilger²⁵ § 464a, 44; Meyer-Göfner § 464a, 7. Ob die entsprechende Anwendung der Sätze des RVG mangels Unterhaltung eines eigenen Bürobetriebs durch den Hochschullehrer gerechtfertigt ist, ist allerdings zweifelhaft [Jahn [Konfliktverteidigung] 179 Fn. 140]. Das Problem wird allerdings praktisch kaum relevant, da Hochschullehrer eine Verteidigung wohl in aller Regel nur auf Grundlage einer Honorarvereinbarung übernehmen werden.

nach § 675 BGB,⁷² der mit der Annahme durch den Gewählten zustande kommt,⁷³ und im Verhältnis nach außen, namentlich zum Gericht, die Bevollmächtigung. Ob der Gewählte **zustimmt**, steht ihm frei; eine Verpflichtung dazu besteht weder für Rechtsanwältin (§ 675 BGB, § 663 S. 1 BGB) noch für Rechtslehrer, noch – im Fall des § 138 Abs. 2 – für Rechtsbeistände. Im Fall des § 138 Abs. 2 ist die Vollmacht bis zur Genehmigung schwebend unwirksam.

- 11 Die **strafprozessuale Vollmacht** begründet als Ausdruck der Wahl das **Verteidigerverhältnis**.⁷⁴ Wer sie erteilt, braucht, wie sich aus § 137 Abs. 2 ergibt, nicht geschäftsfähig zu sein. Die Vollmacht **ermächtigt zu allen Verteidigungshandlungen**, namentlich auch dazu, Rechtsmittel einzulegen (§ 297), doch bedarf die Rücknahme eines Rechtsmittels ausdrücklicher Ermächtigung (§ 302 Abs. 2).⁷⁵
- 12 **2. Vertretungsvollmacht.** Von der Verteidigungsvollmacht ist die **Vertretungsvollmacht** zu unterscheiden.⁷⁶ Eine solche ist erforderlich in den Fällen von § 234, § 329 Abs. 1, § 350 Abs. 2 S. 1, § 387 Abs. 1, § 411 Abs. 2 S. 1. Es genügt eine zwar ausdrücklich erteilte, aber dem Inhalt nach allgemeine Vertretungsvollmacht; auf die besonderen Umstände, etwa den Angeklagten in dessen Abwesenheit zu vertreten, braucht nicht ausdrücklich abgestellt zu werden.⁷⁷ Wie die Prozessvollmacht ist auch die Vertretungsvollmacht keine bürgerlich-rechtliche Vertretungsvollmacht, sondern **Prozesshandlung**. Sie kann daher auch von einem Geschäftsunfähigen erteilt werden. Soweit eine solche ausdrücklich erteilte Vertretungsvollmacht nicht erforderlich ist, wird einer Verteidigungsvollmacht grundsätzlich eine **allgemeine Vertretungsvollmacht** zu entnehmen sein. Ein Sonderfall (Zustellungsvollmacht)⁷⁸ ist in § 145a Abs. 1 geregelt. Wegen der allgemeinen Vertretungsvollmacht kann der nach § 138 Abs. 2 Gewählte, wenn ihn das Gericht nicht zulässt, zwar keine Revisionsanträge schriftlich stellen (§ 345 Abs. 2), wohl aber – nicht als Verteidiger, aber als Vertreter des Beschuldigten – wirksam Berufung einlegen. Eine Vollmacht, den Beschuldigten bei der Annahme von **Ladungen** zu vertreten, muss jedoch wegen der besonderen Folgen stets ausdrücklich erteilt werden (vgl. § 145a Abs. 2),⁷⁹ doch ist es zulässig, sie für sämtliche Zustellungen des Verfahrens abzugeben.
- 13 **3. Nachweis der Vollmacht.** Eine **Form** ist nicht vorgeschrieben.⁸⁰ Es genügt daher, dass der Beschuldigte die Wahl anzeigt oder diese Wahl durch konkludente Handlungen erkennbar macht.⁸¹ Dazu reicht es aus, wenn er mit einem **Wahlverteidiger** zur Hauptverhandlung erscheint oder dieser für ihn sonstige Verfahrenshandlungen (sonstige Ter-

⁷² Zum Ganzen s. Vor § 137, 35.

⁷³ Schon damit ist das Verteidigerverhältnis begründet, *Weiß* NJW 1983 90; *Schnarr* NSStZ 1986 489; *Jahn* JR 1999 1, 2 ff.

⁷⁴ Zum Verhältnis zur bürgerlich-rechtlichen Vertretungsmacht und zum Vertrag vgl. Vor § 137, 79 ff.

⁷⁵ Zur Bevollmächtigung des Pflichtverteidigers vgl. § 141, 6.

⁷⁶ Vgl. Vor § 137, 107; LR/*Hanack*²⁵ § 297, 7 ff.

⁷⁷ BGHSt 9 356, 357; OLG Bamberg NSStZ 2007 180 f.

⁷⁸ Zur Zustellungsvollmacht bei Hochschullehrern vgl. BGH NSStZ 1997 145.

⁷⁹ Vgl. § 145a, 4.

⁸⁰ Statt vieler BayObLG wistra 2002 160; LG Cottbus StraFo 2002 233 m.w.N. Unzutreffend und widersprüchliche Begründung dieser allgemein anerkannten Regel bei *Weiß* NJW 1983 90, 91.

⁸¹ Vgl. *Jahn* JR 1999 1, 3 ff.; *Schnarr* NSStZ 1986 488, 489; *Heeb* Grundsätze und Grenzen der anwaltlichen Strafverteidigung und ihre Anwendung auf den Fall der Mandatsübernahme (Diss. Tübingen 1973) 132. Unzutreffend *E. Kaiser* NJW 1982 1367.

minswahrnehmung, Einholung von behördlichen Auskünften usw.) vornimmt.⁸² Namentlich greift die Vermutung der Bevollmächtigung auch dann Platz, wenn ein Rechtsanwalt, der sich als Verteidiger bezeichnet, den der Beschuldigte aber nicht als solchen angezeigt hat, schriftliche Erklärungen zu den Akten reicht.⁸³ Dann ist die Vollmacht auch für alle nachfolgenden Verteidigungshandlungen nachgewiesen.⁸⁴

Die Wirksamkeit der Verteidigerbestellung hängt daher auch nicht von der Vorlage einer schriftlichen Vollmachtsurkunde ab. Sie kann vielmehr mündlich erteilt und später – etwa durch **anwaltliche Versicherung** mündlicher Bevollmächtigung – noch nachgewiesen werden. Erklärungen, namentlich der Rechtsmittel oder sonstige fristgebundene Erklärungen, sind daher rechtswirksam, wenn der Verteidiger bevollmächtigt war, als er sie abgab, auch wenn er das erst nach Ablauf der Frist nachweist.⁸⁵ Soweit keine Fristen zu beachten sind, kann auch ganz vom Nachweis der Vollmacht abgesehen werden.

Die **Vertretungsvollmacht** muss schriftlich erteilt sein. Das kann das Gericht nur durch Einsicht nachprüfen. Daher ist der Nachweis der Vertretungsvollmacht durch Vorlage der schriftlichen Vollmachtsurkunde zu führen. Erteilt der mit der Vertretung Beauftragte Untervollmacht, braucht er das nicht notwendig schriftlich zu tun.⁸⁶ Die Einwilligung des Beschuldigten in die Unterbevollmächtigung berührt nur die Beziehung zwischen ihm und dem Vertreter und ist dem Gericht nicht nachzuweisen.

4. **Dauer der Bevollmächtigung.** Sie richtet sich nach ihrem Inhalt. Die Bevollmächtigung kann auf einzelne Prozesshandlungen (Akteneinsicht) oder Verfahrensabschnitte (Haftverfahren, Tatsacheninstanz, Revisionsinstanz) beschränkt, auch zurückgenommen und vom Verteidiger, wenn auch nicht zur Unzeit (so früher ausdrücklich § 34 Abs. 4 RiAA), durch **Mandatsniederlegung** gekündigt werden. Ist sie nicht beschränkt, gilt sie für die **ganze Dauer des Verfahrens**,⁸⁷ doch umfasst die in der Prozessvollmacht erteilte Ermächtigung, Rechtsmittel zurückzunehmen, nicht ohne Weiteres auch die, einen Wiederaufnahmeantrag zurückzuziehen.⁸⁸ Ist die Vollmacht auf einen Verfahrensabschnitt beschränkt (etwa auf ein Verfahren zur Aussetzung eines Strafrestes nach § 57 StGB oder einer Unterbringung nach § 67d Abs. 2 StGB), so endet sie, wenn das erstrebte Ziel erreicht ist,⁸⁹ berechtigt also auch, in dem Verfahrensabschnitt Beschwerden einzulegen oder, wenn der Antrag abgelehnt worden ist, die Überprüfung erneut zu beantragen.⁹⁰

Ein (konkludenter) **Widerruf** der Vollmacht ist nicht schon darin zu erblicken, dass der Beschuldigte eine einzelne Prozesshandlung selbst vornimmt,⁹¹ kann aber darin liegen, dass er einen anderen Verteidiger wählt,⁹² wenn ersichtlich ist, dass der neue Verteidiger nicht neben den alten, sondern – wenn auch nur für eine bestimmte Prozesshand-

⁸² Vgl. RGSt 25 153; zur konkludenten Vollmachtserteilung einschränkend allerdings BGH NSStZ-RR 1998 18; BGHSt 41 303: ersichtlich gemeinsames Auftreten genügt nicht; nur mündliche Vollmachtserteilung in der Hauptverhandlung; vgl. auch *Meyer-Göfner* Vor § 137, 9.

⁸³ LG Dortmund AnwBl. 1977 118; weit. Einzelheiten bei *Ebert* DRiZ 1984 237.

⁸⁴ Zur Bedeutung des Nachweises der Vollmacht für die Rechtzeitigkeit des Eingangs der Revisionsbegründungsschrift BGHR StPO § 346 Absatz 1 Form 1.

⁸⁵ OLG Nürnberg NJW 2007 1767, 1768; RGSt 21 125; RGSt 46 372, RGSt 66 210; LR/*Hanack*²⁵ § 297, 5.

⁸⁶ So OLG Hamm NJW 1963 1793.

⁸⁷ Vgl. zum Begriff § 137, 13; speziell zum Kostenfestsetzungsverfahren LG Karlsruhe StV 2001 635.

⁸⁸ So OLG Braunschweig NdsRpfl. 1960 117.

⁸⁹ OLG Hamm NJW 1971 1418.

⁹⁰ Weitere Differenzierungen bei *Kaiser* NJW 1982 1368.

⁹¹ RGSt 25 153.

⁹² OLG Celle NdsRpfl. 1973 133.

lung – an dessen Stelle treten soll. Gleiches kann gelten, wenn der bisherige Wahlverteidiger zum (Wahl-) Pflichtverteidiger bestellt wird.⁹³

- 18 Die Vollmacht endet, wenn die Zulassung des Rechtsanwalts erlischt (§ 13 BRAO) oder zurückgenommen wird (§§ 14, 15 BRAO). Indessen bleibt, soweit nicht anders vereinbart, eine in der Verteidigungsvollmacht enthaltene Vertretungsvollmacht wirksam. Auf jeden Fall endet die Vollmacht mit dem Tod des Beschuldigten.⁹⁴ Die rein vermögensrechtliche Perspektive der Gegenmeinung,⁹⁵ die allein auf die §§ 168, 672 BGB abstellt, lässt außer acht, dass die zu Lebzeiten des Beschuldigten erteilte Vollmacht nicht automatisch auf dessen Erben übergeht und der bevollmächtigte Verteidiger einen laufenden Prozess nicht ohne Weiteres namens der Erben fortsetzen könnte. Auch zivilprozessual wird das Verfahren nach § 239 Abs. 1 ZPO durch den Tod einer Partei unterbrochen und erst durch ausdrückliche Aufnahme seitens der Rechtsnachfolger fortgesetzt, wozu es einer erneuten Vollmachtserteilung seitens der Erben bedarf. Einer postmortalen Fortwirkung des Auftragsverhältnisses auch für die **Auslagenentscheidung** steht der höchstpersönliche Charakter des Prozessrechtsverhältnisses entgegen, in dem sich der Mandant als Angeklagter befindet, weshalb auch die Vollmacht gemäß § 168 BGB erlischt.

5. Untervollmacht

- 19 a) **Grundsatz.** Die Strafprozessordnung enthält keine Vorschriften darüber, ob ein Verteidiger ermächtigt ist, die Verteidigung ganz oder teilweise auf einen anderen Verteidiger durch Untervollmacht zu übertragen. § 139 lässt das im Verhältnis eines Rechtsanwalts zu seinem Referendar zwar zu, ist aber seinem Inhalt nach mehr eine Ergänzung von § 138 Abs. 2 als Ausdruck einer allgemeinen Regel.⁹⁶ Immerhin ist ihm zu entnehmen, dass das Gesetz eine Unterbevollmächtigung nicht für unzulässig erachtet. Dafür besteht auch keine Veranlassung. Zwar sind die Anwaltsdienste im Zweifel persönlich zu leisten (§ 675 i.V.m. §§ 613, 664, 665 BGB) und ist das Verhältnis zwischen Beschuldigtem und Anwalt ein Vertrauensverhältnis. Es beruht jedoch auf dem Willen des Beschuldigten. Demzufolge kann, wenn dieser oder im Fall des § 137 Abs. 2 S. 1 sein gesetzlicher Vertreter einwilligt, an der grundsätzlichen Zulässigkeit einer Unterbevollmächtigung kein Zweifel sein. Dies wird seit einer reichsgerichtlichen Entscheidung aus dem Jahre 1883⁹⁷ mit Recht allgemein anerkannt.⁹⁸ Die **Einwilligung** hat, was für § 137 Abs. 1 S. 2 bedeutsam ist, den Charakter der **Wahl eines weiteren Verteidigers**, der – je nach dem Inhalt der Vereinbarung – für einzelne Verfahrensabschnitte oder für das ganze weitere

⁹³ LG Zweibrücken NStZ-RR 2002 177.

⁹⁴ So ausdrücklich OLG Hamburg NStZ 2004 280; OLG München NJW 2003 1133 m. Anm. *Rau* NStZ 2003 502; OLG Karlsruhe Justiz 1983 132; KMR/Hiebl Vor § 137, 102; SK/Woblers § 137, 12.

⁹⁵ OLG Frankfurt NStZ-RR 2002 246; OLG Celle NJW 2002 2730; OLG Hamm NJW 1978 177; Kühl NJW 1978 977, 980 f. Aus der Aufgabe der früheren Rechtsprechung (BGHSt 34 184) zur Wirkung des Todes des Angeklagten auf das Verfahren durch BGHSt 45 108 m. Anm. *Jahn/Becker* JA-R 2000 115

ergibt sich für das hier zu entscheidende Rechtsproblem nichts anderes.

⁹⁶ Siehe § 139, 35.

⁹⁷ RGSt 9 279 f. sowie später RGSt 41, 14, 15 f.; RG GA 56 (1909) 87 f.

⁹⁸ OLG Düsseldorf StraFo 1998 227 f.; OLG Hamm NStZ 1986 92; JMBINRW 1980 83; Kraft NJW 1963 1793; Schmid MDR 1979 804; Kaiser NJW 1982 1367, 1368; *Jahn/Kett-Straub* StV 2006 601; SK/Woblers § 137, 9; KK/Laufhütte Vor § 137, 14; HK/Julius § 137, 6; *Meyer-Gofner* vor § 137, 11

Verfahren an die Stelle des zunächst gewählten Verteidigers tritt, häufiger diesen aber in der Weise unterstützen soll, dass er zwar nach außen auftritt, der ursprüngliche Verteidiger aber die Leitung der Verteidigung behält.

b) **Einwilligung.** Aufgrund dieser Erwägungen ist die Einwilligung die tragende Grundlage der Unterbevollmächtigung. Sie berührt allerdings nur die Beziehungen zwischen dem Beschuldigten und seinem Verteidiger und ist daher dem Gericht – wie die Hauptvollmacht – nicht in einer bestimmten Form nachzuweisen.⁹⁹ Die Einwilligung kann schriftlich oder mündlich erklärt, aber auch durch konkludente Handlungen ausgedrückt werden. Der Beschuldigte kann seine Einwilligung auch im Voraus – etwa in der Vollmacht – erteilen und die Auswahl des Vertreters seinem Verteidiger überlassen.¹⁰⁰ Soweit die Einwilligung bereits in der Strafprozessvollmacht erteilt wird, ist sie als **Allgemeine Geschäftsbedingung** an den §§ 305 ff. BGB zu messen.¹⁰¹ Die damit bestehende Möglichkeit der formularmäßigen Erteilung der Einwilligung ist nicht dahin eingeschränkt, dass jedenfalls ein Verteidiger, der aufgrund seiner Prozess Erfahrung und seines Bekanntheitsgrades besonderes Vertrauen für sich in Anspruch nimmt, von einem ihm eingeräumten Recht, Untervollmacht zu erteilen, keinen Gebrauch machen darf.¹⁰² Das Gesetz behandelt alle zugelassenen Verteidiger, die ihre Stellung nicht einer Einzelfallprüfung des Gerichts verdanken (vgl. § 138 Abs. 2), gleich. Es räumt dem Gericht nicht die Möglichkeit ein, etwa im Rahmen der Prüfung der Wirksamkeit einer Untervollmacht, auf der Grundlage seiner eigenen Auffassung z.B. über die fachliche Qualität eines Verteidigers und das Maß des Vertrauens zu befinden, das er deshalb von seinen Mandanten erwarten darf. Sofern nicht ausdrücklich anders vereinbart, ist nach dem Sinn der Verteidigungsvollmacht als stillschweigend vereinbart anzusehen, dass der Beschuldigte stets in der **Hauptverhandlung** von dem von ihm gewählten Verteidiger selbst verteidigt werden will, dass dieser jedoch zu rein formellen Handlungen Untervollmacht erteilen kann, etwa dazu, ein Rechtsmittel einzulegen.¹⁰³ Die Ermächtigung, Untervollmacht zu erteilen, kann jedoch nicht dafür angenommen werden, ein **Rechtsmittel** auch zu begründen und vor dem Rechtsmittelgericht zu vertreten, es sei denn, dass im Falle der Revision ein Verteidiger, der selbst am Revisionsgericht regelmäßig nicht auftritt, sich eines Rechtsanwalts bedienen will, der mit der Rechtsprechung dieses Gerichts besonders vertraut ist.

c) **Allgemeiner Vertreter eines Rechtsanwalts.** Nach § 53 Abs. 1 BRAO muss ein Rechtsanwalt, der über eine Woche abwesend oder verhindert ist, für seine Vertretung sorgen. Er kann, wenn die Vertretung nicht länger als einen Monat dauert, einen bei derselben Kammer zugelassenen Rechtsanwalt bestellen (§ 53 Abs. 2 BRAO). Dieser **allgemeine Vertreter** tritt ganz an die Stelle des gewählten Anwalts. Der Nachweis der Bestellung als allgemeiner Vertreter kann verlangt werden, wird aber im Allgemeinen durch umlaufende Mitteilungen gerichtskundig sein. Auf die **Einwilligung** des Beschuldigten oder im Fall des § 137 Abs. 2 S. 1 des gesetzlichen Vertreters kommt es, auch im Fall des § 139,¹⁰⁴ nicht an, doch haben diese selbstverständlich das Recht, der Verteidigung durch

⁹⁹ BGH StraFo 2006 454 f.; OLG Düsseldorf StraFo 1998 227 f.; OLG Hamm NJW 1963 1793; JMBINRW 1980 83; MDR 1985 157.

¹⁰⁰ RG GA 56 (1909) 87.

¹⁰¹ BGH StraFo 2006 454; *Jahn/Kett-Straub* StV 2006 601, 602.

¹⁰² BGH StraFo 2006 454. A.A. LG Duisburg StV 2006 600 m. abl. Anm. *Jahn/Kett-Straub*.

¹⁰³ RGSt 41 14; KG JR 1981 168; *Meyer-Gofner* Vor § 137, 11.

¹⁰⁴ OLG Dresden *AlsB.* E 1 137.

den Vertreter zu widersprechen und einen neuen Verteidiger zu wählen. Auch einer Untervollmacht im einzelnen Fall bedarf es daher nicht.¹⁰⁵

- 22 d) Personenkreis. Als Unterbevollmächtigte können alle Personen bezeichnet werden, die befähigt sind, eine Verteidigung zu führen, d.h. regelmäßiger Rechtsanwälte und Hochschullehrer. Soweit die Prozesshandlung, wie das Einlegen einer Berufung, nicht durch einen Verteidiger vorgenommen werden muss, kann auch eine sonstige Person als Vertreter Untervollmacht erhalten. Wird eine sonstige Person als Verteidiger mit Untervollmacht versehen, so bedarf sie dazu der Zulassung durch das Gericht, doch kann auf der anderen Seite eine nach § 138 Abs. 2 zugelassene sonstige Person einem Rechtsanwalt ohne gerichtliche Genehmigung Untervollmacht erteilen.

III. Andere Personen (Abs. 2, 1. Alt.)

- 23 Auch bei anderen Personen ist die Wahl erforderlich ([...] der „Gewählte“ [...] „als Wahlverteidiger“). Hinzutreten muss aber die Genehmigung des Gerichts. Liegt sie vor, so bedarf es nicht auch noch – obwohl der Wortlaut der Vorschrift ([...] zugelassen werden [...]) das suggerieren könnte – der Zulassung. Vielmehr ist die Genehmigung zugleich die Zulassung.
- 24 Der Kreis der Personen, die unter dieser Voraussetzung Verteidiger werden können, ist nicht beschränkt. Die Vorschrift des Abs. 2, nach der auch andere als die in Abs. 1 genannten Personen, regelmäßig Rechtsanwälte, zu Verteidigern bestellt werden können, ist seinerzeit nach dem Antrag *Wolffsohns* aufgenommen worden. Er wollte damit eine Bestimmung der Preussischen Strafprozessordnung übernehmen, eine Anzahl Nichtrechtskundiger so heranzubilden, dass sie Rechtsanwälte, wo es an ihnen fehle, ersetzen könnten, vorzugsweise aber dem Interesse des Beschuldigten Genüge tun, von einer bestimmten Person, etwa mit technischen oder literarischen Kenntnissen, verteidigt zu werden.¹⁰⁶ Die Reichstagskommission hat die Vorschrift allein aus der letzteren Erwägung aufgenommen, „um dem Angeklagten eine möglichst freie Wahl und die Wahl einer Person zu sichern, welcher er sein Vertrauen zugewendet hat“.¹⁰⁷ Daher sieht die Rechtsprechung mit Recht die Bedeutung der Vorschrift weniger darin, die Wahlmöglichkeit durch die gerichtliche Genehmigung einzuschränken, als vielmehr den Kreis der Verteidiger auszudehnen.¹⁰⁸ Nach der Entstehungsgeschichte dient die Vorschrift also nicht dem Schutz der Interessen der zugelassenen Rechtsanwälte, sondern dem Vertrauensinteresse des Beschuldigten.¹⁰⁹
- 25 Zu diesem Vertrauensinteresse des Beschuldigten ist mit den §§ 406f, g ein gleichwertiges Interesse des Verletzten getreten.¹¹⁰ Daher sollte § 138 Abs. 2 auch dort angewendet

¹⁰⁵ *Jahn/Kett-Straub* StV 2006 601 Fn. 7; *Schmid* MDR 1979 804; *SK/Woblers* § 137, 9. *Hahn* Mat. 1 953.

¹⁰⁶ *Hahn* Mat. 2 1553; *HK/Julius* 2.

¹⁰⁷ Wegen des Ausnahmeharakters der Vorschrift vertreten allerdings das OLG Karlsruhe (JR 1987 387 mit Anm. *Hammerstein*) und im Anschluss daran das KG (Beschl. v. 31.7.2000 – 4 Ws 138/00) eine grundsätzlich restriktive Auslegung.

¹⁰⁸ KG JR 1956 29; OLG Bremen NJW 1951 123.

¹⁰⁹ Vgl. *Meyer-Göfner* Vor § 406d, 1. Dass der Verletzte im Strafprozess, ebenso wie der Beschuldigte nur den Verdacht dulden muss, nur eine Vermutung (verletzt zu sein) beanspruchen darf, wird von der Polemik der Gegner dieser Neuregelungen übersehen, s. *Lüderssen* NStZ 1987 253.

werden, wo das neue Recht dem Verletzten (nur) den Beistand eines Rechtsanwalts gestattet. Das Gleiche gilt für die Einbeziehung der Rechtslehrer. Dass dabei die sprachlich enge und scheinbar eindeutige Fixierung kein Hinderungsgrund sein muss, zeigt die (freilich streitige) extensive Interpretation des § 387¹¹¹ (unbeschadet dessen, dass es dort um den Rechtsanwalt des Angeklagten geht).

Andere Personen sind auch ausländische¹¹² und die zugelassenen¹¹³ Rechtsbeistände, 26 gleichgültig ob sie bei dem Gericht, wo sie verteidigen wollen, oder bei einem anderen zugelassen sind.¹¹⁴ Auch Verwandte können gewählt werden. Eine die Genehmigung ausschließende Interessenkollision kann nicht automatisch unterstellt werden.¹¹⁵ Die Vorschrift ist anwendbar auch im Nebenstrafrecht,¹¹⁶ dagegen unanwendbar in Auslieferungssachen.¹¹⁷

Die Genehmigung muss das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen erteilen, wenn 27 der Gewählte als hinreichend sachkundig und vertrauenswürdig erscheint und auch sonst keine Bedenken gegen sein Auftreten als Verteidiger bestehen.¹¹⁸ Die Versagung muss begründet werden.¹¹⁹ Das Gericht darf die Zulassung insbesondere nicht mit dem Hinweis auf eine allgemeine Übung des Gerichts versagen.¹²⁰ Es darf auch, wenn der Beschuldigte das Vertrauen zu einem Verteidiger darlegt, nicht den Vortrag besonderer Gründe dafür verlangen, dass der Beschuldigte an der Verteidigung gerade durch den Gewählten ein Interesse habe.¹²¹ Wenn der Gewählte vertrauenswürdig ist und nach den Umständen des Falles in besonderem Maße die Befähigung zur Verteidigung besitzt,¹²² kann also die Genehmigung nicht versagt werden.¹²³ Für das Gericht muss aber in jedem Fall die Möglichkeit bestehen, die im Rahmen seiner Entscheidung nach Abs. 2 zu berücksichtigende¹²⁴ Sachkunde der als Verteidiger beizuordnenden Person sowie deren

¹¹¹ Vgl. LR/Hilger²⁵ § 387, 19 ff.

¹¹² *Hahn* Mat. 1 935; *KK/Laufbütte* 13; vgl. aber zu den europäischen Anwälten oben Rn. 4 ff.

¹¹³ BGH, Beschl. v. 12.10.1998 – 5 StR 487/98; LG Cottbus Rbeistand 1994 70. A.A. BayObLGSt 1971 177; OLG Dresden NJW 1998 90; BVerfG NJW 1988 545; nach LG Dresden, Beschl. v. 30.5.1987 – 3 StR 3/87 soll es bei fehlender Zulassung auf das Vertrauensverhältnis ankommen. Zur Funktion des RBERG und zum RDG vgl. auch oben Rn. 9.

¹¹⁴ Vgl. BVerfGE 41 389.

¹¹⁵ OLG Hamm MDR 1978 509 zum Schwiegerson als Verteidiger; zum gesetzlichen Vertreter s. OLG Schleswig SchIfA 1986 104.

¹¹⁶ OLG Koblenz NStZ 1981 489.

¹¹⁷ OLG Koblenz MDR 1982 429; wegen Spezialität von § 53 IRG (BGBl. I 1982 2071).

¹¹⁸ BVerfG NJW 2006 1502, 1503.

¹¹⁹ Vgl. OLG Zweibrücken, Beschl. v. 31.3.1993 – 1 Ss 73/93.

¹²⁰ BayObLGSt 1954 33.

¹²¹ BayObLG MDR 1978 862; zust. auch

KK/Laufbütte 8; vgl. auch LG Dresden, Beschl. v. 30.5.1987 – 3 StR 3/87.

¹²² Nicht der Fall ist dies beispielsweise dann, wenn die Schriftsätze des nach § 138 Abs. 2 zum Verteidiger Gewählten „phasenweise wirr und unverständlich“ sind und dadurch dessen mangelnde Sachkompetenz zu Tage tritt (KG, Beschl. v. 4.10.2001 – 5 Ws 644/01).

¹²³ BVerfG NJW 2006 1502, 1503; OLG Bremen NJW 1951 123; zust. *Dalcke/Fuhrmann/Schäfer/Fuhrmann* 4. A.A. OLG Nürnberg MDR 1968 944, das zu Unrecht einen Rechtsbeistand nur in Sonderfällen zulassen will, in denen für die Verteidigung besondere Sachkunde erwünscht sei. Die nötige Befähigung betont besonders OLG Düsseldorf NStZ 1988 91, wo es um die Zulassung eines Strafgefangenen als Verteidiger ging; vgl. auch OLG Karlsruhe NJW 1988 2549 sowie *Hilla* NJW 1988 2525; zur Zulassung eines Patentanwaltes OLG Düsseldorf StraFo 2001 270; zu Fähigkeiten und Kenntnissen vgl. weiterhin *Barton* (Mindeststandards) 96 ff.

¹²⁴ Vgl. BVerfG NJW 2006 1503.

Fähigkeit, die Pflichten eines Verteidigers sachgerecht wahrzunehmen, zu überprüfen. In der Folge kann der Antrag auf Zulassung einer erstmals in der Hauptverhandlung auftretenden Person mit der Begründung abgelehnt werden, dass das Gericht in ihr nicht die erforderliche **Sachkunde**¹²⁵ und/oder Mindestanforderungen an die **Sachlichkeit**¹²⁶ gewährleistet sieht. Im Übrigen kann ein Zulassungsantrag nach Abs. 2 schon angesichts des Gebots verfassungskonformer Auslegung der Vorschriften des RBERG¹²⁷ nicht pauschal mit der Begründung abgelehnt werden, dass der Antragsteller mangels Erlaubnis nach Art. 1 § 1 Abs. 1 S. 1 RBERG mit großer Wahrscheinlichkeit damit rechnen müsse, (zum wiederholten Male) mit einem Ordnungswidrigkeitenverfahren belegt zu werden.¹²⁸ Durch den mit dem Regierungsentwurf des Rechtsdienstleistungsgesetzes geplanten Wegfall des RBERG könnten Personen künftig ohnehin nicht mehr mit der Begründung zurückgewiesen werden, die Übernahme geschäftsmäßiger Strafverteidigung sei verbotswidrig. Damit würde die Zulassung vor allem von der Befähigung zur ordnungsgemäßen Ausführung der Verteidigung abhängen.¹²⁹ Eine völlig unbedeutende Vorstrafe bietet jedenfalls schon heute für sich allein keinen Versagungsgrund.¹³⁰ Die Genehmigung kann im Übrigen auch stillschweigend durch Gewährung von Verteidigerrechten erfolgen.¹³¹

- 28 Der Gewählte ist entweder abzulehnen oder als Verteidiger zuzulassen. Wird er zugelassen, so erstreckt sich die Verteidigung auf das gesamte Verfahren. Der Beschuldigte kann unter Beachtung von § 137 Abs. 1 S. 2 (nicht mehr als drei Verteidiger) die Verteidigung unter mehrere Verteidiger aufteilen, die nacheinander auftreten. Er kann auch von vornherein erklären, dass er einen Verteidiger nur für einen bestimmten **Verfahrensabschnitt** bestelle. In diesem Fall erfasst die Genehmigung auch nur die Wahl für diesen Abschnitt.¹³² Darüber hinaus ist es unzulässig, dass das Gericht bei unbeschränkter Wahl eine beschränkte Genehmigung erteilt.¹³³ Die Genehmigung kann jederzeit erteilt werden, solange das Gericht mit der Sache befasst und der Verfahrensabschnitt noch nicht beendet ist, für den die vom Verteidiger vorzunehmende Prozesshandlung bestimmt ist und in dem sie wirken soll. Die Vorschrift setzt voraus, dass die Genehmigung erteilt sein muss, bevor der als Verteidiger auftretende Beauftragte des Beschuldigten eine Prozesshandlung vornimmt.¹³⁴ Die Genehmigung wirkt aber zurück, so dass bereits vorgenommene Prozesshandlungen mit der Genehmigung wirksam werden.¹³⁵

¹²⁵ KG, Urt. v. 10.10.2001 – (5) 1 Ss 371/00 (10/01); OLG Düsseldorf NStZ 1988 91; OLG Karlsruhe NStZ 1987 424; OLG Hamm MDR 1978 509; KK/Laufhütte 8.

¹²⁶ Vgl. OLG Hamm NStZ 2007 238, 239 für einen kaum verallgemeinerungsfähigen Extremfall („Stunksitzung der Blutrichter“). Grundlegend BVerfGK 3 350 m. Anm.

¹²⁷ R. P. Schenke JZ 2004 1122. Zum – zumindest auch daraus – resultierenden Entwurf des RDG bereits oben Rn. 9. Auf die Streitfrage, ob § 138 Abs. 2 als Spezialregelung Art. 1 § 1 Abs. 1 S. 1 RBERG vorgeht (ausf. Nestler FS Kohlmann 653; SK/Woblers 42; verneinend OLG Dresden NJW 1998 90, 92), kommt es damit nicht mehr an.

¹²⁸ BVerfG NJW 2006 1502. A.A. noch OLG Dresden NJW 1998 90; KG Beschl. v.

20.11.2000 – 3 Ws 435/00 (Fall *Helmut Kramer*).

¹²⁹ RegE RDG (BRats-Ds. 623/06, S. 68).

¹³⁰ OLG Hamburg NJW 1955 644.

¹³¹ RGSt 55 213; OLG Düsseldorf OLGSt (alt) Nr. 2 zu § 138 Abs. 2 u. StraFo 2001 270. BayObLG NStZ 1997 424; Beschl. v. 27.5.1993 – 1 ObOWi 143/93; BGH StV 1993 113; Dalcke/Fuhrmann/Schäfer/*Fuhrmann* 5.

¹³² RGSt 9 80; BGH StV 1993 113.

¹³³ RGSt 9 80; *Eb. Schmidt* 15; Dalcke/Fuhrmann/Schäfer/*Fuhrmann* 5. A.A. wohl KMR/*Hiebl* 38.

¹³⁴ RGSt 55 214.

¹³⁵ OLG Hamm MDR 1951 503; OLG Schleswig SchlHA 1986 105; Dalcke/Fuhrmann/Schäfer/*Fuhrmann* 5.

Das Gericht ist befugt, die Genehmigung wieder zurückzunehmen.¹³⁶ Anlass dazu kann u.a. geben, dass der Gewählte die Verteidigung nicht zu führen vermag; dass jemand bestellt worden ist, der nicht bestellt werden durfte oder dass sonst Irrtümer obgewaltet haben.¹³⁷ Das **Rechtsmittelgericht** kann eine andere Beurteilung zugrunde legen als der *judex a quo*.¹³⁸ Es kann also im Gegensatz zum Vorderrichter die Genehmigung versagen, aber nur mit Wirkung für die Zukunft.¹³⁹ Die Entscheidung ergeht durch **Beschluss**, der im Fall der Ablehnung und der Rücknahme zu begründen ist (§ 34). Wurde die Genehmigung **stillschweigend** erteilt, ist sie gleichwohl rechtswirksam,¹⁴⁰ wenn die Handlungen, aus denen sich die Genehmigung schlüssig ergeben soll, klar erkennen lassen, dass das Gericht den Willen hatte, die Bestellung zu genehmigen.¹⁴¹

Zuständig ist das Gericht, bei dem das Verfahren anhängig ist. Ist ein Rechtsmittel eingelegt, ist das Gericht, bei dem es eingelegt ist (§ 314 Abs. 1, § 341 Abs. 1), solange zuständig, bis die Akten an das Rechtsmittelgericht gelangt sind (§ 321, § 347 Abs. 2).¹⁴² Der *judex a quo* braucht jedoch nicht zu entscheiden, sondern kann die Entscheidung dem *judex ad quem* überlassen.¹⁴³

Im **Vorverfahren** gilt § 141 Abs. 4 in der Weise entsprechend, dass über die Genehmigung das Gericht (§ 138 Abs. 2; nicht sein Vorsitzender) entscheidet, welches für das Hauptverfahren zuständig ist.¹⁴⁴ Bei **Eilbedürftigkeit** soll auch der Ermittlungsrichter zuständig sein.¹⁴⁵

Gegen die Entscheidung des Gerichts ist die **Beschwerde** zulässig, wenn es sich nicht um Beschlüsse der Strafsenate des Bundesgerichtshofs (§ 304 Abs. 4) handelt. Es handelt sich dabei nicht etwa um eine Entscheidung im Sinne von § 305 S. 1.¹⁴⁶ Auch die Beschlüsse des erkennenden Gerichts (§ 305 S. 1) unterliegen der Beschwerde, weil sie nicht im inneren Zusammenhang mit dem Urteil stehen. Beschwerdeberechtigt sind der Beschuldigte und die Staatsanwaltschaft, der Beschuldigte jedoch nur, wenn sein Antrag abgelehnt oder eine erteilte Genehmigung zurückgenommen wird. In diesen Fällen ist auch der vom Beschuldigten Gewählte **beschwerdeberechtigt**, *gleichviel* ob er ein zugelassener Rechtsbeistand¹⁴⁷ oder eine nicht in dieser Stellung befindliche „andere Person“ ist.¹⁴⁸ Durch die Wahl des Beschuldigten wird er eine „andere Person“ auch i.S. des § 304 Abs. 2. Diese prozessuale Stellung wird durch die Versagung oder Rücknahme der Genehmigung berührt; das reicht zur Beschwerdeberechtigung aus. Eine „durch Gesetz begründete Rechtsstellung“¹⁴⁹ darf nicht gefordert werden. Auch Privat- oder Nebenkläger haben ein Beschwerderecht,¹⁵⁰ ferner der Verletzte. Zwar kann die Entscheidung vom Beschwerdegericht nur auf Rechtsfehler hin untersucht werden.¹⁵¹ Dazu gehört aber

¹³⁶ SK/*Woblers* 43; KMR/*Hiebl* 42. Siehe dazu auch § 143, 7 ff.

¹³⁷ BayObLGSt 1953 15.

¹³⁸ BGHSt 8 196.

¹³⁹ Zust. AK/*Stern* 27.

¹⁴⁰ RGSt 55 213.

¹⁴¹ RGSt 61 106.

¹⁴² RGSt 55 214; 62 250; RG JW 1927 2047; BayObLGSt 24 121; OLG Naumburg DRZ 1929 Nr. 556; OLG Hamm MDR 1951 503; Dalcke/Fuhrmann/Schäfer/*Fuhrmann* 6.

¹⁴³ *Seibert* JZ 1951 440.

¹⁴⁴ Ebenso KK/*Laufhütte* 10.

¹⁴⁵ BGH StV 1993 113.

¹⁴⁶ OLG Düsseldorf NStZ 1988 91.

¹⁴⁷ BayObLGSt 1954 53; OLG Bremen NJW 1951 123.

¹⁴⁸ OLG Oldenburg NJW 1958 33.

¹⁴⁹ OLG Hamburg MDR 1969 598; vgl. auch AnwK/*Krekeler/Werner* 5.

¹⁵⁰ So auch HK/*Julius* 13.

¹⁵¹ OLG Düsseldorf MDR 1983 600; NStZ 1988 91, 92; NStZ 1999 586, 587. A.A. KG VRS 107 (2004) 126, 127; SK/*Woblers* 52; KMR/*Hiebl* 54; AK/*Stern* 38; danach soll das Beschwerdegericht in vollem Umfang überprüfen können und müssen (§ 309 Abs. 2).

auch ein rechtsfehlerhafter Ermessensgebrauch. Hier fließt also die verwaltungsrechtliche Ermessensfehlerlehre mit der Folge ein, dass sowohl der Ausfall des Ermessens als auch sein fehlerhafter (zweckwidriger oder gar willkürlicher) Gebrauch vom Beschwerdegericht in vollem Umfang überprüft werden kann.¹⁵²

- 33 Hat das Gericht unter Missbrauch seines pflichtgemäßen Ermessens die Genehmigung zur Wahl eines Verteidigers versagt, kann der Angeklagte mit der Revision eine Verletzung von § 338 Nr. 8 rügen.¹⁵³
- 34 Mit der Zulassung wird der Gewählte, wenn er die Wahl angenommen hat, Verteidiger mit allen Rechten eines Verteidigers, auch wenn er im Fall der notwendigen Verteidigung nur in Gemeinschaft mit einem anderen bestellt ist, der zu den Personen gehört, die zu Verteidigern bestellt werden dürfen. Er kann also namentlich auch Revisionsanträge und -begründungen anbringen.¹⁵⁴ Er muss sie jedoch im Falle notwendiger Verteidigung von einer nach Abs. 1 wählbaren Person mit unterzeichnen lassen, um sie wirksam zu machen.¹⁵⁵ Die Genehmigung kann zwar zurückgenommen werden;¹⁵⁶ solange das aber nicht geschehen ist, besteht sie auch für höhere Instanzen.

IV. Andere Personen und notwendige Verteidigung (Abs. 2, 2. Alt.)

- 35 Im Übrigen unterscheidet das Gesetz danach, ob der Fall einer notwendigen Verteidigung vorliegt oder nicht:
- 36 Steht fest, dass ein solcher Fall **nicht** vorliegt, so müssen für die Wahl einer anderen Person zum Verteidiger keine weiteren Voraussetzungen erfüllt sein.
- 37 Liegt der Fall einer **notwendigen Verteidigung** vor, so ist noch einmal zu unterscheiden: Gehört der Gewählte zu den Personen, die als Verteidiger bestellt werden dürfen, so ist Abs. 1 anzuwenden. Gehört die gewählte Person nicht zu diesem Personenkreis, so kann sie – unter den Rn. 10 ff. genannten Voraussetzungen (Wahl durch den Beschuldigten und Genehmigung des Gerichts) – nur in Gemeinschaft mit jemandem Verteidiger sein, der zu den nach § 138 Abs. 1 wählbaren oder nach § 142 Abs. 1 und Abs. 2 bestellbaren Verteidigern gehört.¹⁵⁷ Auch die Einlegung von Rechtsmitteln durch den nach Abs. 2 Var. 2 Gewählten kann nur in Gemeinschaft mit dem Pflichtverteidiger erfolgen.¹⁵⁸ Dieser andere Verteidiger kann nach § 138 Abs. 1 gewählt oder nach § 141 bestellt werden. Das Gesetz verschleierte diese Alternative allerdings etwas, indem es diesen Vorgang und den der gerichtlichen Genehmigung der Verteidigung durch eine andere Person mit der globalen Wendung „zugelassen werden“ zusammenfasst.
- 38 Der „Fall einer notwendigen Verteidigung“ ist gegeben, wenn die Voraussetzungen des § 140 Abs. 1 oder Abs. 2 vorliegen. Das müsste demnach, obwohl es auf die nach § 141 vorzunehmende **Bestellung** eines Verteidigers jetzt noch nicht ankommt, vom Gericht festgestellt werden. Indessen kann es dazu – bei richtiger Auslegung der Vorschrift – praktisch nicht kommen:
- 39 Denn ist der Beschuldigte mit dem zusätzlichen, den Erfordernissen des § 138 Abs. 1 oder § 142 genügenden Verteidiger **einverstanden**, so heißt das praktisch, dass er ihn

¹⁵² Vgl. Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner/Gerhardt, VwGO, § 114, 4 ff.

¹⁵³ Eb. Schmidt 11; SK/Wohlers 53; AnwK/Krekel/Werner 6.

¹⁵⁴ BayObLGSt 1955 256.

¹⁵⁵ BGHSt 32 326; zust. KK/Laufhütte 12.

¹⁵⁶ Vgl. Rn. 29.

¹⁵⁷ So auch BayObLG NJW 1991 2434.

¹⁵⁸ KG, Beschl. v. 19.4.2000 – 5 Ws 265/00.

wählt. Kann er ihn bezahlen, kommt es zu einem Fall nach § 138 Abs. 1. Kann er ihn nicht bezahlen, gelangen § 142 Abs. 1 S. 2 und 3 zur Anwendung. In beiden Fällen wird dem Beschuldigten also **kein Verteidiger aufgezwungen**. Es verhält sich vielmehr so wie in den Fällen, in denen der Beschuldigte bereits einen Verteidiger hat und nun noch eine andere Person beauftragen möchte. Hier genügt die Genehmigung des Gerichts; die Prüfung, ob ein Fall notwendiger Verteidigung vorliegt, findet bei dieser Genehmigung gar nicht statt (sondern nur im Rahmen der Bestellung nach § 142).

Ist der Beschuldigte mit jenem zusätzlichen Verteidiger nicht einverstanden, so bekommt er ihn gleichwohl (Zwangskontrahierung), wenn auch bei restriktiver Auslegung die Voraussetzungen des § 140 vorliegen.¹⁵⁹ Diese Prüfung hat aber ohnehin, unabhängig von dem Begehren des Beschuldigten, eine andere Person mit seiner Verteidigung zu beauftragen, zu erfolgen. Zeigt sich, dass die Voraussetzungen des § 140 nicht vorliegen, so bleibt es bei der 1. Alt. des Abs. 2; die Genehmigung des Gerichts genügt.

Der Fall, dass das Gericht **lediglich** für die Entscheidung über die Genehmigung der Wahl einer anderen Person als Verteidiger das Vorliegen der Voraussetzungen des § 140 feststellen muss, könnte mithin nur gegeben sein, wenn der Beschuldigte, der den zusätzlichen Verteidiger nicht wünscht, nur das **Recht** hätte, einen Pflichtverteidiger zu beauftragen (extensive Auslegung des § 140¹⁶⁰), eine Aufzwingung indessen bei restriktiver Auslegung nicht erforderlich wäre.

Ob bei dieser Sachlage die **extensive Auslegung** des § 140 geboten ist, muss aber bezweifelt werden. Zwar wird dem Beschuldigten kein Verteidiger aufgezwungen, weil er ja die Freiheit hat, diesen Vorgang durch den Verzicht auf die Wahl einer anderen Person als Verteidiger abzuwenden. Andererseits kann man sagen, dass der Beschuldigte gerade wegen jener zusätzlichen Bedingung in seiner Freiheit, eine andere Person zu wählen, beschränkt ist. Die Lösung des Problems muss sich am Sinn des § 138 Abs. 2 orientieren. Der Beschuldigte soll, wenn er eine nicht gemäß § 138 Abs. 1 oder § 142 berufbare Person zu seinem Verteidiger wählt, vor unsachgemäßer Verteidigung geschützt werden, auch wenn kein Fall notwendiger Verteidigung vorliegt, denn auch dann ist ja die Genehmigung des Gerichts nötig. Ist dieser Fall dem gleichzustellen, in dem der Beschuldigte überhaupt keinen Verteidiger haben will, so muss man konsequenterweise auch hier die **restriktive Auslegung** der Pflichtverteidigung befürworten.

Gegen diese Gleichstellung könnte sprechen, dass ein Verteidiger, der nicht die professionellen Mindestgarantien der nach § 138 Abs. 1 und § 142 berufbaren Personen aufweist, dem Beschuldigten unter Umständen sogar **schaden** kann, so dass es für ihn bei dieser Sachlage besser wäre, gar keinen Verteidiger zu haben als sozusagen einen „halben“. Indessen würde das auf eine **schwer überprüfbare** Differenzierung von Autonomie-defiziten des Beschuldigten hinauslaufen, darauf nämlich, zu prüfen, ob dieser Beschuldigte, wiewohl er durch sich selbst nicht so gefährdet ist, dass er einen professionellen Verteidiger braucht, doch so urteilsschwach ist, dass er jedenfalls keinen allein agierenden nicht-professionellen Verteidiger bekommen darf. Demgegenüber dürfte die generalisierende Annahme praktischer sein, dass zur Autonomie des „unvernünftigen“ Beschuldigten, der keinen Verteidiger haben will, eben auch gehört, dass er statt dessen nach nicht-professionellen Helfern sucht. Auch davor ist er also nur in den Grenzen des restriktiv zu interpretierenden § 140 zu schützen, und ob diese Voraussetzung vorliegt, stellt das Gericht ohnehin fest.

¹⁵⁹ Siehe § 140, 7 ff.

¹⁶⁰ Vgl. dazu § 140, 6.