

Strafprozessordnung

Kommentar

von

Prof. Dr. Gerd Pfeiffer

Präsident des Bundesgerichtshofes a. D.

5., neu bearbeitete Auflage



Verlag C. H. Beck München 2005

- 1 Diese Vorschrift enthält den verfassungsrechtlich verbürgten Anspruch des Beschuldigten, sich im Strafverfahren von einem RA als gewählten Verteidiger seines Vertrauens verteidigen zu lassen. Die „§§ 137 Abs. 1 S. 1, 138 Abs. 1 verwirklichen insoweit das Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes im Strafverfahren“ (BVerfGE 66, 319 = NJW 1984, 2403). Das **Recht des Beschuldigten**, sich durch einen **Verteidiger seiner Wahl** vertreten zu lassen oder unentgeltlich den Beistand eines **Pflichtverteidigers** zu erhalten, wenn dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist, wird vor allem in Art. 6 Abs. 3 c garantiert. Erscheint zB „eine Person, die von der Polizei zu einem **Speicheltest** für eine molekulargenetische Untersuchung geladen wird – anders als andere, ebenfalls vorgeladene Personen – im **Beistand eines Anwalts**, so darf dies in einem späteren Strafverfahren gegen sie nicht als belastendes Indiz verwertet werden“ (BGH NJW 2000, 1962). Wird aber ein RA erst nach Eröffnung des Hauptverfahrens gegen ihn von einem **Mitangeklagten als Verteidiger** gewählt, so ist er durch Beschluss des erkennenden Gerichts als Verteidiger zurückzuweisen. Die Vorschriften über das Ausschließungsverfahren nach §§ 138 ff. sind auf ihn nicht anwendbar (BGH NStZ-RR 1997, 71). Die **Beschränkung** der Zahl der Wahlverteidiger ist mit dem GG vereinbar (BVerfGE 39, 156 = NJW 1975, 1013). „§ 137 Abs. 1 S. 2 will für alle Abschnitte des Verfahrens einen durch die Mitwirkung einer Vielzahl von Verteidigern möglichen Missbrauch der Verteidigung zur Prozessverschleppung und Prozessvereitelung verhindern“ (BGH 27, 128 = NJW 1977, 910). Der **Unterbevollmächtigte** zählt mit, wenn er neben ihm (nicht an dessen Stelle) tätig wird (BGH MDR 1978, 111). Bei einer **Anwaltssozietät** sind an sich alle Mitglieder Verteidiger (BVerfGE 43, 91 = NJW 1977, 99). Dass zB die Vollmacht nicht – durch Streichung von Namen oder auf andere Weise – auf höchstens 3 Mitglieder beschränkt ist, beweist allein nicht, dass sie alle die Verteidigung übernommen haben (BGH 27, 127). Entscheidend ist der zwischen Verteidiger und Mandanten bestehende **Mandatsvertrag** (BGH NJW 1994, 2302; vgl. auch § 146 Rn. 1). Die Beschränkung auf ein Mitglied ist möglich (BGH 40, 188 = NJW 1994, 2302). Es dürfen aber nicht mehr als 3 Mitglieder die Wahl durch eine Erklärung oder durch ein entsprechendes Verhalten angenommen haben (OLG Hamm MDR 1980, 513; Meyer-Goßner Rn. 6). Die Vorschrift des § 10 BORA, die eine Anwaltssozietät zur **Nennung aller Partner/Gesellschafter** auf den Briefbögen der Kanzlei verpflichtet, ist von der Ermächtigungsgrundlage des § 59 b BRAO gedeckt. Die Pflicht zur Nennung der Partner verstößt auch nicht gegen Art. 12 GG. Sie ist insbesondere gerechtfertigt durch das wichtige Interesse des Mandanten, dadurch zu erkennen, ob die Gefahr der Vertretung widerstreitender Interessen besteht oder ob eine anderweitige Interessenkollision zu befürchten ist (BVerfG NJW 2002, 2163). Hat der Angeklagte **mehrere Verteidiger**, so muss jeder von ihnen **geladen** werden, wenn die in § 218 S. 1 genannten Voraussetzungen vorliegen. Anders kann es sein, wenn die mehreren Verteidiger gemeinsam einer Sozietät angehören (BGH wistra 1995, 110). Zur Sozietät und Verteidigung s. § 146 Rn. 1.
- 2 Die Zahl drei darf auch dann nicht überschritten werden, wenn der Beschuldigte und selbstständig sein **gesetzlicher Vertreter** Verteidiger wählen (**Abs. 2**). Der Beschuldigte muss aber mindestens einen eigenen Verteidiger wählen können; ggf. ist dann ein von dem gesetzlichen Vertreter gewählter Verteidiger zurückzuweisen (KK-Laufhütte Rn. 5). **Pflichtverteidiger** werden – wie der Wortlaut des § 137 ergibt – nicht angerechnet (BayObLG StV 1988, 97), jedoch Verteidiger, die nur mit Genehmigung des Gerichts nach § 138 Abs. 2 tätig werden dürfen (BGH NStZ 1981, 94), und auch ausländische Verteidiger werden mitgezählt. Die **Folgen** des Verstoßes gegen Abs. 1 S. 2 sind in § 146 a geregelt. Die **Revision** kann auf eine Mitwirkung von mehr als 3 Verteidigern nicht gestützt werden (kein Beruhen). Die ungerechtfertigte **Zurückweisung** eines Verteidigers führt, soweit sie nicht willkürlich erfolgt ist, nicht zu einer den Angeklagten belastenden Beschränkung der

Verteidigung, wenn er anderweitig ordnungsgemäß verteidigt ist (BGH 27, 159 = NJW 1977, 1208; BayObLG NStZ 1988, 281; KK-Laufhütte Rn. 9).

§ 138 [Wahlverteidiger]

RiStBV 106

(1) **Zu Verteidigern können die bei einem deutschen Gericht zugelassenen 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.**

Eine Beschränkung für RAe, als Strafverteidiger vor deutschen Gerichten aufzutreten, gibt es nur für die beim **BGH zugelassenen RAe**, 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). Ist der Beschuldigte RA oder Hochschullehrer, so kann er sich **nicht selbst zum Verteidiger bestellen**. „Der Status des Verteidigers und die Stellung des Beschuldigten oder Betroffenen sind offensichtlich unvereinbar“ (s. näher vor § 137 Rn. 2). Zulässig ist aber, dass der RA im Revisionsverfahren die Revisionschrift und im Wiederaufnahmeverfahren den Wiederaufnahmeantrag selbst unterschreibt (§§ 345 Abs. 2, 366 Abs. 2). **Ausländische Rechtsanwälte** können grundsätzlich nur unter den Voraussetzungen des § 138 Abs. 2 als Verteidiger zugelassen werden (BGHR § 138 Abs. 2 Genehmigung). Für Rechtsanwälte eines **Europäischen Mitgliedsstaates** hat das Gesetz zur Umsetzung von Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet des Berufsrechts der Rechtsanwälte (EuRAG) v. 9. 3. 2000 (BGBl. I S. 182), zuletzt geändert durch Ges. v. 26. 10. 2003 (BGBl. I S. 2074) die Klarheit gebracht, dass die Rechtsanwälte, die als europäische Rechtsanwälte in eine **deutsche Rechtsanwaltskammer** aufgenommen sind, den deutschen Rechtsanwälten **gleichgestellt** sind (§§ 2 ff. EuRAG), also nach § 138 Abs. 1 **allein** tätig werden können. Die nur **vorübergehend** in Deutschland tätigen, dienstleistenden europäischen Rechtsanwälte können nur im Einvernehmen mit einem deutschen Rechtsanwalt handeln (§§ 25 ff. EuRAG). Die Mitwirkung eines „gleichgestellten“ EU-Verteidigers, welcher der deutschen Sprache nicht mächtig ist, hat zur Folge, dass wegen seiner Beteiligung vorrangig gemäß § 185 GVG ein **Dolmetscher** zu bestellen ist. Gleiches gilt auch für den nach § 138 Abs. 2 zugelassenen Verteidiger mit dem deutschen „Einvernehmensanwalt“ (KG NStZ 2002, 52). Kann der ausländische Verteidiger aus sonstigen Gründen die Verteidigung faktisch nicht sicherstellen, so hat der Vorsitzende diese durch zusätzliche Bestellung eines Pflichtverteidigers zu gewährleisten (KK-Laufhütte Rn. 13). Ist gegen einen zugelassenen RA ein **Berufs- oder Verbot** (§ 132 a, § 70 StGB, §§ 114 Abs. 1 Nr. 4, 150, 161 a BRAO) verhängt worden, so weist ihn das Gericht entsprechend § 146 a zurück; die Wirksamkeit von Prozesshandlungen des RA richtet sich nach § 146 a Abs. 2 (Meyer-Goßner Rn. 2).

Rechtslehrer an deutschen Hochschulen iSd Abs. 1 sind ordentliche sowie außerordentliche (auch emeritierte) Professoren, Privatdozenten und Lehrbeauftragte, welche die Befähigung haben, ein Rechtsgebiet an einer deutschen Universität oder gleichrangigen Hochschule selbstständig zu lehren. Sie brauchen **nicht** Mitglieder einer jur. Fakultät zu sein. „Als Verteidiger kann nach § 138 Abs. 1 auch ein **Fachhochschullehrer** mit Befähigung zum Richteramt gewählt werden“ (BGH NJW 2003, 3573). Die Rechtslehrer sind übergens **nicht verpflichtet**, sich

bestellen zu lassen. Der als Verteidiger gewählte Rechtslehrer an einer deutschen Hochschule kann für seine Tätigkeit die **Vergütung** beanspruchen, die sich aus der sinngemäßen Anwendung der Regelung der BRAGO ergibt (OLG Düsseldorf NStZ 1996, 99). Das einem **Wahlverteidiger** versprochene, die gesetzlichen Gebühren übersteigende **Honorar** (s. vor § 137 Rn. 3) steht diesem nur zu, wenn er in der **Hauptverhandlung selbst aufgetreten** ist (KG NStZ-RR 2000, 191). Im Blick auf § 138 Abs. 1 kann eine **Zustellung** gemäß § 37 Abs. 1 S. 1 in entsprechender Anwendung des § 212 a ZPO auch an einen Wahlverteidiger, der Rechtslehrer an einer deutschen Hochschule ist, durch Empfangsbekanntnis bewirkt werden (BGH NStZ 1997, 245). Für **Angehörige steuerberatender Berufe** gilt als Sonderregelung § 392 AO, der folgenden Wortlaut hat:

§ 392. Verteidigung

(1) Abweichend von § 138 Abs. 1 der Strafprozeßordnung können auch Steuerberater, Steuerbevollmächtigte, Wirtschaftsprüfer und vereidigte Buchprüfer zu Verteidigern gewählt werden, soweit die Finanzbehörde das Strafverfahren selbständig durchführt; im übrigen können sie die Verteidigung nur in Gemeinschaft mit einem Rechtsanwalt oder einem Rechtslehrer an einer deutschen Hochschule führen.

(2) § 138 Abs. 2 der Strafprozeßordnung bleibt unberührt.

- 3 Nach Abs. 2 können **mit Genehmigung** des Gerichts auch **andere Personen** als Verteidiger zugelassen werden, zB Familienangehörige, Freunde, Mitglieder steuerberatender Berufe (s. Rn. 2). Jur. Personen können **nicht** zu Verteidigern gewählt werden (BayObLG NJW 1953, 354; BVerfGE 43, 91 = NJW 1977, 99). Auch das durch Art. 1, §§ 1, 8 **RBerG** idF des 5. BRAGO-ÄndG v. 18. 8. 1980 (BGBl. I S. 1503) bestimmte Verbot der geschäftsmäßigen Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten einschließlich der **Rechtsberatung** steht der Zulassung einer „anderen Person“ idS § 138 Abs. 2 als Wahlverteidiger entgegen, sofern sie die Strafverteidigung geschäftsmäßig betreibt (OLG Dresden NJW 1998, 90). Die **Genehmigung** des Gerichts, die auch stillschweigend erteilt werden kann (OLG Düsseldorf JMBINW 1980, 215), ist **Voraussetzung** für die Entstehung eines wirksamen Verteidigungsverhältnisses (OLG Karlsruhe NJW 1988, 2549); vorherige Erklärungen sind schwebend unwirksam (KK-Laufhütte Rn. 8). Die Genehmigung wird nur für den Einzelfall und nur auf **Antrag** erteilt, der auch konkludent gestellt werden kann (Meyer-Goßner Rn. 11). Abs. 2 wird im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte **Ausnahmecharakter** zugeschrieben und eng ausgelegt. Daher sollen die von einem Juristen, der nicht RA oder Hochschullehrer ist, erworbenen üblichen Kenntnisse im Straf- und Strafverfahrensrecht allein nicht ausreichen, um die für eine Zulassung als Verteidiger nach Abs. 2 vorauszusetzende besondere Befähigung zur Verteidigung in einem Schwurgerichtsverfahren zu begründen (OLG Karlsruhe NJW 1988, 2549). Die Entscheidung über den Genehmigungsantrag trifft das mit der Sache befasste Gericht nach **pflichtgemäßem Ermessen** (OLG Düsseldorf NStZ 1988, 91 mwN). Die Genehmigung darf nicht versagt werden, „wenn der Gewählte das besondere Vertrauen des Beschuldigten genießt und nach den Umständen des Falles in besonderem Maße die Befähigung zur Verteidigung besitzt“ (OLG Karlsruhe NJW 1988, 2549 mwN). Im Interesse der Rechtspflege und auch des Beschuldigten/Angeklagten kommt dem Erfordernis, dass nur Personen mit genügender Sachkunde und umfassenden Rechtskenntnissen die Verteidigung übernehmen, entscheidende Bedeutung zu. Zudem trifft das Gericht insoweit auch eine Fürsorgepflicht gegenüber dem Beschuldigten/Angeklagten. Das gilt insbesondere, wenn es sich um einen gravierenden Vorwurf handelt (OLG Düsseldorf NStZ 1999, 586). Die Genehmigung kann **zurückgenommen** werden, wenn sich ergibt, dass die Voraussetzungen von vornherein nicht gegeben waren oder nicht mehr gegeben sind. Die Rücknahme darf nicht zur Unzeit

erfolgen und berührt die Wirksamkeit der vorgenommenen Prozesshandlungen nicht. Bei Vorliegen der Ausschließungsgründe der §§ 138 a, 138 b ist das Ausschließungsverfahren nach §§ 138 c, 138 d zu betreiben (KK-Laufhütte Rn. 11).

Halb. 2 von Abs. 2 bringt eine **Zulassungsbeschränkung**. Diese **Verteidigung nur in Gemeinschaft** gilt bei der **wertwendigen Verteidigung** nach §§ 140, 231 a Abs. 4. Auch sonst sind die Rechte eingeschränkt. Die Prozesshandlungen müssen vom Hauptverteidiger mitverantwortet werden, der bei wesentlichen Teilen der Hauptverhandlung anwesend sein muss (BayObLG NJW 1991, 2434) und Rechtsmittelerklärungen müssen mit unterzeichnet werden (BGH 32, 326 = NJW 1984, 2480). Bei mangelnder Übereinstimmung ist die Erklärung des Hauptverteidigers maßgeblich. Das Gesetz stellt auf die **Gemeinschaftlichkeit** ab, daher sind Prozesshandlungen, die nicht von dem Einverständnis des Hauptverteidigers gedeckt sind, unwirksam. Die jedem Verteidiger zustehenden Rechte, zB das Akteneinsichtsrecht und der Verkehr (§ 148) mit dem Beschuldigten kann der nach Abs. 2 zugelassene Verteidiger ohne Absprache mit dem Hauptverteidiger wahrnehmen (KK-Laufhütte Rn. 12). Bei der Urteilsverkündung braucht nur der Verteidiger nach Abs. 2 anwesend zu sein (OLG Bremen VRS 65, 36). Zu zivilrechtlichen **Schadensersatzansprüchen** gegen den Wahlverteidiger wegen fehlerhafter Beratung vor § 137 Rn. 3.

Mit der **Beschwerde** (§§ 304 ff.) sind die Entscheidungen des Gerichts, die das Verteidigerverhältnis betreffen, anfechtbar; § 305 S. 1 steht dem nicht entgegen, da die Erkenntnis in keinem Zusammenhang mit dem Urteil steht und nicht lediglich dessen Vorbereitung dient (OLG Düsseldorf NStZ 1988, 91). Entscheidungen der OLGe und der Ermittlungsrichter sind nach § 304 Abs. 2 S. 2, Abs. 5 unanfechtbar. Bei Zurückweisung ist auch der nach Abs. 1 gewählte Verteidiger beschwerdeberechtigt (BGH 8, 194 = NJW 1957, 997). Gegen die **Versagung oder Zurücknahme** der Genehmigung nach Abs. 2 können der Beschuldigte und der zum Verteidiger Gewählte Beschwerde einlegen (BayObLG NJW 1954, 1212; OLG Düsseldorf NStZ 1988, 91; Meyer-Goßner Rn. 23 mwN). Gegen die Erteilung der Genehmigung nach Abs. 2 steht der StA die Beschwerde zu (KK-Laufhütte Rn. 17). Das Beschwerdegericht überprüft die Entscheidung in **vollem Umfang** und nicht nur auf Rechtsfehler (BayObLG NJW 1954, 1212; OLG Oldenburg NJW 1958, 33; Meyer-Goßner Rn. 23 mwN). Mit der **Revision** kann geltend gemacht werden, mit der Entscheidung nach Abs. 2 ist die Verteidigung (§ 338 Nr. 8) beschränkt worden (vgl. KK-Laufhütte Rn. 18).

§ 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,