

Reihe Alternativkommentare
Gesamtherausgeber Dr. h. c. Rudolf Wassermann

Präsident des Oberlandesgerichts

Kommentar zur Strafprozeßordnung
in drei Bänden

Die Autoren:

Prof. Dr. Hans Achenbach, Universität Osnabrück
Prof. Dr. Knut Amelung, Universität Trier
Prof. Dr. Peter Bringewat, Hochschule Lüneburg
Ltd. Ministerialrat Dr. Christian Dästner, Saarbrücken
Rechtsanwalt Rüdiger Deckers, Bochum
Prof. Dr. Dieter Dölling, Universität Heidelberg
Staatsanwalt Dr. Rainer Gundlach, Hannover
Privatdozent Dr. Rainer Keller, Universität Hannover
Ministerialrat Lothar Kirchner, Hannover
Staatsanwalt Dr. Dietmar Krause, Berlin
Abteilungspräsident im BKA Prof. Dr. Edwin Kube, Wiesbaden
Prof. Dr. Dr. Kristian Kühl, Universität Gießen
Prof. Dr. Hans-Heiner Kühne, Universität Trier
Richter am OLG im BMJ Dr. Michael Lemke, Bonn
Prof. Dr. Fritz Loos, Universität Göttingen
Prof. Dr. Manfred Maiwald, Universität Göttingen
Privatdozent Dr. Bernd-Dieter Meier, Universität Göttingen
Vors. Richter am OLG Helmut Moschüring, Celle
Prof. Dr. Dieter Rössner, Hochschule Lüneburg
Prof. Dr. Hinrich Rüping, Universität Augsburg
Rechtsanwalt Dr. Reinhold Schlothauer, Bremen
Prof. Dr. Heinz Schöch, Universität Göttingen
Prof. Dr. Hans-Ludwig Schreiber, Universität Göttingen
Rechtsanwalt Dr. Steffen Stern, Göttingen
Präsident des OLG Dr. h. c. Rudolf Wassermann, Braunschweig

Kommentar
zur Strafprozeßordnung

Band 2 Teilband 1

§§ 94 – 212 b

Bearbeitet von:

Prof. Dr. Hans Achenbach, Universität Osnabrück
Prof. Dr. Knut Amelung, Universität Trier
Rechtsanwalt Rüdiger Deckers, Bochum
Staatsanwalt Dr. Rainer Gundlach, Hannover
Staatsanwalt Dr. Dietmar Krause, Berlin
Abteilungspräsident im BKA Prof. Dr. Edwin Kube, Wiesbaden
Prof. Dr. Hans-Heiner Kühne, Universität Trier
Prof. Dr. Fritz Loos, Universität Göttingen
Prof. Dr. Manfred Maiwald, Universität Göttingen
Vors. Richter am OLG Helmut Moschüring, Celle
Prof. Dr. Heinz Schöch, Universität Göttingen
Rechtsanwalt Dr. Steffen Stern, Göttingen
StPO in der Fassung der Bekanntmachung
vom 7. April 1987,
BGBl. I, 1074

Luchterhand
1992

F. Besondere Verfahrensarten

- 44 Verteidigung im **Strafbefehlsverfahren** vgl. § 411 Abs. 2; **Wiederaufnahmeverfahren** vgl. § 364a. Im **Einziehungsverfahren** ist § 137 gem. § 434 Abs. 1 S. 2 entsprechend anwendbar, ebenso im Verfahren bei Festsetzung von Geldbußen gegen juristische Personen oder Personenvereinigungen (§ 444 Abs. 2). Für die Verteidigung im **Privatklageverfahren** vgl. § 387 Abs. 1, im **Bußgeldverfahren** gilt § 137 über § 46 Abs. 1 OWiG, im **Jugendgerichtsverfahren** über § 2 JGG sinngemäß. Darüber hinaus können sich auch der **Privatkläger** (§ 378), der **Nebenkläger** (§ 397 i. V. mit § 378) und der Verletzte gem. § 406f. des **Beistandes eines Rechtsanwalts** bedienen oder sich durch einen solchen vertreten lassen (vgl. *LR-Lüderssen*²⁴ Rn. 49ff.).
- 45 Das Recht auf Hinzuziehung eines Rechtsanwalts als **Zeugenbeistand** ist grundsätzlich anzuerkennen (*BVerfGE* 38, 105 [115] = NJW 1975, 103). Daraus erwächst keine Befugnis, einem Termin wegen Verhinderung des Anwalts fernzubleiben (*BGH* NStZ 1989, 484 m. abl. Anm. *Krehl*, NStZ 1990, 192; a. A. *LG Hildesheim* StrV 1985, 229). Ein Kostenerstattungsanspruch ist zu verneinen (*BVerfG* StrV 1983, 489; *OLG Düsseldorf*, JMBINRW 1980, 35; *LG Hildesheim* NdsRpfl. 1987, 160). Die Möglichkeit der Beiordnung ist nicht ausgeschlossen (*LG Bremen* StrV 1983, 500; *OLG Bremen* StrV 1983, 513 m. zust. Anm. *Joester*; *LG Darmstadt* StrV 1986, 147; *LG Hannover* NStZ 1982, 433; StrV 1987, 526; eingehend *Opitz*, StrV 1984, 311; für den »gefährdeten Zeugen« *Hammerstein*, NStZ 1981, 125).
- 46 Auch der **Beistand** (§ 149) kann sich wie der Zeuge des Beistandes eines Rechtsanwalts bedienen (*BGH* MDR 1978, 626 bei *Holtz*; *KK-Laufhütte*² Rn. 2; *Klein-knecht/Meyer*³⁹ a. a. O.; *LR-Lüderssen*²⁴ Rn. 5; auch Rn. 10 zu § 149).
- 47 Zur Vorbereitung und Durchführung des **Wiederaufnahmeverfahrens** vgl. oben Rn. 9. Einen **Entschädigungsantrag** nach dem StrEG kann der schon im Ermittlungsverfahren bevollmächtigte Verteidiger für den Beschuldigten stellen (*LG Bonn* StrV 1984, 476).
- 48 Str. ist, ob sich der Verteidiger im **Ausschließungsverfahren** in der mündlichen Verhandlung (§ 138d Abs. 1) eines anderen Rechtsanwalts als »Verteidiger« entspr. § 137 bedienen kann oder nur als »Beistand« (eing. Rn. 8 zu § 138d).

G. Revision

- 49 Die **Verwehrung der Verteidigerkonsultation** im Ermittlungsverfahren kann die **Wahrunterstellung** nicht mehr auflösbarer Entlastungsmomente (*Nelles*, StrV 1986, 78) oder umgekehrt für die makelhaft gewonnenen Erkenntnisse (Geständnis) die Annahme eines **Verwertungsverbots** gebieten (vgl. hierzu *Strate/Ventzke*, StrV 1986, 30).
- 50 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 IIIb MRK ist verletzt, wenn dem Angeklagten **nicht ausreichend Zeit zur Verteidigerwahl** gewährt wird, z. B. weil der Wahlverteidiger das Mandat kurz vor der Hauptverhandlung niedergelegt hat (*OLG Hamm* NJW 1983, 381 [382]).
- 51 Bei **unvorhersehbarer Verhinderung** des Verteidigers (*BGH* NStZ 1987, 34; *BayObLG* StrV 1989, 94 = JZ 1989, 156 = VRS 76 [1989], 290 = DAR 1989, 152; *OLG Düsseldorf* StrV 1983, 269) kann wegen Behinderung der Verteidigung die Revision begründet sein, wenn vor allem gegen den Widerspruch des Beschuldigten ohne den ausgebliebenen Wahlverteidiger verhandelt wird (*OLG Celle* NJW 1965, 2264 = MDR 1966, 169; NdsRpfl. 1964, 234; NJW 1961, 1319; *OLG Ham-*

burg MDR 1964, 525 [526]; *OLG Köln* JMBINRW 1962, 225; *OLG Hamm* MDR 1972, 254; vgl. auch *BGH* NStZ 1988, 235 = StrV 1989, 89; *LG Hamburg* StrV 1988, 195 sowie Rn. 34 zu § 145).

Wird nach **ungerechtfertigter Zurückweisung** des Verteidigers erst in der Hauptverhandlung ohne Aussetzung weiterverhandelt, ist im Regelfall (auch) Art. 103 Abs. 1 GG verletzt (*BayObLG* DAR 1988, 387 = VRS 75 [1988], 100).

Die unrechtmäßige Zurückweisung begründet die Revision nicht, wenn sie nicht **willkürlich** erfolgte und der Angeklagte **anderweitig ordnungsgemäß verteidigt** war (*BGHSt* 27, 154 [159] = NJW 1977, 1208; *KK-Laufhütte*² § 146 Rn. 18; *Klein-knecht/Meyer*³⁹ a. a. O.; Bedenken dagegen bei *LR-Lüderssen*²⁴ Rn. 20).
Folgenlos ist auch die Mitwirkung einer Überzahl von Verteidigern. 54

H. Verfassungsbeschwerde

Im Einzelfall kann – nach vergeblicher Revisionsrüge – bei Verhandlung in Abwesenheit des Wahlverteidigers eine **Verfassungsbeschwerde** wegen Verletzung des Rechtsstaatsgebots (Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. dem Rechtsstaatsprinzip; *BVerfG* NStZ 1984, 176) in Betracht kommen. 55

§ 138 (Wahlverteidiger)

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

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

Literatur (s. die Angaben Vor. § 137)

Inhaltsübersicht

	Rn.
Wählbarer Personenkreis nach Abs. 1	10
Genehmigungsbedürftige Wahl nach Abs. 2	17
Restriktionen bei notwendiger Verteidigung	30
Beschwerde	35
Revision	39

A. Grundlegendes

Die Vorschrift betrifft den Personenkreis, aus dem der Beschuldigte sich einen 1 Verteidiger frei wählen kann.

Ist der **Beschuldigte selbst Rechtsanwalt oder Rechtslehrer**, kann er sich nicht 2 selbst zum Verteidiger wählen (*BVerfG* NStZ 1988, 282), etwa um Akteneinsicht zu erlangen; eine **Selbstbestellung** ist **unzulässig** (*BVerfGE* 53, 207 = NJW 1980, 1677). Der Beschuldigte kann nicht in eigener Sache als Verteidiger fungieren und noch weniger im Falle des Freispruchs für sich Verteidigergebühren verlangen; die **Stellung des Verteidigers** und derjenigen eines **Beschuldigten sind unvereinbar** (*BVerfG* NStZ 1988, 282; *BGHSt* 53, 207 = NJW 1980, 1677; *BGH* NJW 1954, 1415; *EGH Stuttgart* AnwBl. 1983, 331; *LG Göttingen* NdsRpfl. 1991, 59 [60]; *LG Nürnberg-Fürth* NJW 1974, 2246; NJW 1973, 913; *Kurzka*, MDR 1974, 817; a. A. in kostenrechtlicher Hinsicht *OLG Frankfurt* NJW 1973,

- 1991). **Ebensowenig** kann ein **Mitangeklagter** die Verteidigung führen (*BayObLGSt* 1953, 15 = *NJW* 1953, 755; vgl. auch Rn. 38 Vor. § 140 sowie Rn. 4 zu § 142).
- 3 Wohl aber kann ein (möglicher) **Zeuge** grundsätzlich als **Verteidiger** gewählt oder der gewählte Verteidiger in demselben Verfahren als Zeuge benannt und einvernommen werden, wie auch § 53 Abs. 1 Nr. 2 zeigt (vgl. *BGH StrV* 1984, 499). Im Zeugenstand kann er jedoch nicht gleichzeitig die Rechte des Verteidigers wahrnehmen, was in Fällen notwendiger Verteidigung zur Hinzuziehung oder Beordnung eines weiteren Verteidigers nötig (Rn. 42 Vor. § 140; Rn. 95 zu § 140). Anschließend steht einer Fortführung des Mandats prinzipiell nichts im Wege (*BGH NJW* 1953, 1600; *Kleinknecht/Meyer*³⁹ Vor § 48 Rn. 18; *LR-Dahs*²⁴ vor § 48 Rn. 31). Die Auffassung, der Verteidiger scheidet infolge seiner Vernehmung endgültig aus (so *Peters* § 42 II 2; *Schorn*, GA 1933, 251 [256]; *Mamroth JW* 1926, 1218; *Oetker JW* 1926, 1219) oder könne ausgeschlossen werden (so *Gössel* § 25 A IV b 2 sowie auch früher das Reichsgericht: *RGSt* 24, 104 [105]; 55, 219), ist ungeachtet der neuen §§ 138 ff. als zu eng abzulehnen.
- 4 Hat der Verteidiger ausschließlich für seinen Mandanten günstig ausgesagt, ist keine Konfliktlage mit seiner Beistandsfunktion entstanden. Mußte er hingegen den Beschuldigten belasten, kollidiert seine Zeugeneigenschaft mit den ihm auferlegten Fürsorgepflichten. Nach ganz h. M. wäre es standeswidrig, das Mandat fortzuführen (*BVerfGE* 16, 214; *Kramer*, Jura 1983, 115f.; *LR-Dahs*²⁴ vor § 48 Rn. 29ff.). Die **bloße Standeswidrigkeit** macht das Weiterverteidigen jedoch nicht strafprozessual unzulässig und führt ebensowenig zum Verteidigerausschluß (vgl. Rn. 1 ff. zu § 138 a); jedoch ist dann aus Fürsorgegründen die Beordnung eines Pflichtverteidigers neben dem Wahlverteidiger geboten (*Kleinknecht/Meyer*³⁹ vor § 48 Rn. 30; *LR-Dahs*²⁴ vor § 48 Rn. 30; vgl. hierzu auch *BVerfGE* 16, 214 = *BVerfG NJW* 1963, 1771; *MDR* 1963, 468; *RGSt* 54, 175; 55, 219; *BGH NJW* 1967, 404; *StrV* 1985, 442 = *NStZ* 1985, 514 = *NJW* 1986, 78; *Bürck*, *NJW* 1969, 906 [907]; *Schmidt*, *NJW* 1963, 1753).
- 5 Unvereinbarkeit ist anzunehmen bei zeitgleicher **Vertretung eines Einziehungsbeteiligten** neben dem Angeklagten (*OLG Düsseldorf NStZ* 1988, 289 = *NJW* 1988, 1745 [Ls.] = *MDR* 1988, 695; *KK-Boujong*² § 434 Rn. 3; *Kleinknecht/Meyer*³⁹ § 434 Rn. 5; *LR-Gössel*²⁴ § 434 Rn. 3); ebenso bei Agieren des **Bewährungshelfers** in der **Rolle des Verteidigers/Beistands** (*OLG Düsseldorf NStZ* 1987, 340 = *MDR* 1987, 694 m. Anm. *Bringewat*, *MDR* 1988, 617; *BGH NJW* 1965, 116; zur Zurückweisung im Falle der Mandatsübernahme Rn. 22f. zu § 146).
- 6 Der **Verteidiger** kann aber zugleich **Vormund des Beschuldigten** sein (*OLG Düsseldorf NStZ* 1990, 98 = *NJW* 1990, 528 = *MDR* 1990, 462).
- 7 Die Bestimmung des § 138 sagt nichts über die **individuellen körperlichen und geistigen Eignungsvoraussetzungen** des Verteidigers. Der Verteidiger muß, um überhaupt wirksame Prozeßhandlungen vornehmen zu können, wie ein Rechtsanwalt im Zivilprozeß (*BVerfGE* 37, 67 [77]) jedenfalls prozeßfähig sein (*Seibert JZ* 1951, 440). Das ist bei einem zugelassenen Rechtsanwalt trotz Krankheit und altersbedingter Störung zu vermuten (*BGH v. 21. 11. 1958*, 5 *StR* 260/58); ihm selbst und nicht zuvorderst dem Gericht obliegt die Kontrolle, ob er im Einzelfall den Anforderungen der Strafverteidigung geistig und körperlich (noch) gewachsen ist.
- 8 Als **Sonderproblem** (mit geringer praktischer Relevanz) zu behandeln ist die Mitwirkung eines infolge eines körperlichen Gebrechens in seiner Wahrnehmungsfähigkeit

beeinträchtigt (blinden, tauben und/oder stummen) Verteidigers in Verfahren notwendiger Verteidigung. Was in Einzelfällen für den Richter mit **eingeschränktem Seh- oder Hörvermögen** gilt (*BGH NJW* 1988, 1333 = *StrV* 1988, 191; *NJW* 1987, 1210 = *NStZ* 1987, 225), muß streng genommen auch für den Verteidiger gefordert werden (vgl. im Ansatz: *Hamm*, *NJW* 1988, 1820 [1822]); der allein verteidigt. Zur Vermeidung eines Verstoßes gegen § 338 Nr. 5 StPO, der bei Mitwirkung eines erkennbar verhandlungsunfähigen Verteidigers anzunehmen ist (*LR-Hanack*, § 338 Rn. 96 m. w. N.), ist die Beordnung eines zweiten Wahlpflichtverteidigers zu erwägen.

Die Rspr. läßt **Prozeßhandlungen Dritter** aus dem Gesichtspunkt der **Stellvertretung außerhalb der Hauptverhandlung** zu, etwa bei der Einlegung von Rechtsmitteln oder bei Antragstellungen (*RGSt* 66, 209 [211]); *BayObLGSt* 64, 86 = *JR* 1964, 427 m. Anm. *Dünnebieber*; *BayObLGSt* 75, 104 = *NJW* 1976, 156 [157]; *OLG Hamburg MDR* 1969, 598, *OLG Bremen NJW* 1954, 46; *OLG Hamm NJW* 1952, 1150; *Schmidt*, *RPfeger* 1962, 301; *SchIHA* 1981, 105), **ohne** daß diese den **Verteidigerstatus** erlangen oder gar die Voraussetzungen des § 138 erfüllen müssen.

B. Nach Abs. 1 wählbare Verteidiger

Wählbar sind die **bei einem deutschen Gericht der Bundesrepublik zugelassenen Rechtsanwältinnen** und Rechtslehrer an deutschen Hochschulen. Der Begriff »deutsch« bedeutet im Geltungsbereich dieses Gesetzes (*BGHSt* 8, 194 [200]; *KK-Laufhütte*² Rn. 2; *Kleinknecht/Meyer*³⁹ Rn. 2; *LR-Lüderssen*²⁴ Rn. 5). Rechtsanwältinnen, die bei Gerichten der ehemaligen DDR oder Ost-Berlins zugelassen sind, sowie Rechtslehrer an dortigen Hochschulen konnten bislang nur nach Abs. 2 zugelassen werden (*KK-Laufhütte*² a. a. O.; zur Zulassung eines DDR-Anwalts in der BRD vgl. *BGH StrV* 1990, 170; *ZIP* 1989, 1404). Sie sind nunmehr nach Abs. 1 wählbar (*BGH NStZ* 1990, 500 = *StrV* 1990, 391 [Ls.] = *DtZ* 1990, 214 = *AnwBl.* 1990, 461). Rechtsanwalt ist, wer die Befähigung zum Richteramt nach den Vorschriften des DRiG erlangt hat (§ 4 BRAO), zur Rechtsanwaltschaft zugelassen ist (§ 6 Abs. 1 BRAO) und über die Zulassung eine von der Landesjustizverwaltung ausgestellte Urkunde besitzt (§ 12 BRAO).

Grundsätzlich bestehen für den Verteidiger **keine regionalen Restriktionen**; der **Rechtsanwalt** bedarf keiner Zulassung bei dem erkennenden Gericht (*LR-Lüderssen*²⁴ Rn. 7), er kann **auch beim OLG oder BGH als letzter Instanz als Verteidiger** fungieren. Eine Beschränkung gilt jedoch nach § 172 BRAO für die beim *BGH* zugelassenen Rechtsanwältinnen, die grundsätzlich nur beim *BGH*, dem *BVerfG*, den obersten Gerichten des Bundes, dem gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe sowie internationalen und zwischenstaatlichen Gerichten (z. B. EGMR) auftreten dürfen. Ist gegen den Rechtsanwalt ein Berufs- oder Vertretungsverbot verhängt (§§ 132a, 70 Abs. 1 StGB, 114, 150, 155 BRAO), so darf er die Verteidigung nicht übernehmen. Von dem Verteidiger gleichwohl vorgenommenen Prozeßhandlungen bleiben jedoch wirksam (§ 155 Abs. 5 BRAO, 146 a Abs. 2 StPO; *OLG Celle NStZ* 1989, 41 m. Anm. *Feuerich*, *NStZ* 1989, 338; *KK-Laufhütte*² Rn. 4; *LR-Lüderssen*²⁴ Rn. 3), bis er nach § 146 a Abs. 1 zurückgewiesen wird.

Rechtsanwältinnen aus anderen EG-Mitgliedstaaten stehen nach der EG-Richtlinie vom 22. 3. 1977 (Amtsbl. der EG L 78/17) über die Erleichterung der Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs für Rechtsanwältinnen, die in der Bundesrepublik durch Durchführungsgesetz vom 16. 8. 1980 (BGBl. I S. 1453) in nationales Recht umgewandelt worden ist, inländischen Rechtsanwältinnen gleich, sie sind also Vertei-

diger i.S. des Abs. 1. Allerdings hat der deutsche Gesetzgeber von der ihm in Art. 5 der Richtlinie eingeräumten Beschränkungsmöglichkeit Gebrauch gemacht und in § 4 Abs. 1 DurchfG vorgesehen, daß der EG-Rechtsanwalt die Verteidigung nur in Gemeinschaft mit einem inländischen Rechtsanwalt führen kann, der selbst in dem Verfahren Verteidiger ist. Der *EuGH* hat darin mit Urteil vom 25. 2. 1988 (NJW 1988, 887 = JZ 1988, 506ff. m. Anm. *Bleckmann*) einen Verstoß gegen Art. 59, 60 EWG-Vertrag gesehen (vgl. dazu auch *BGH* NStZ 1982, 295 m. abl. Anm. *Riegel*; *Brangsch*, NJW 1981, 1177 [1180]; *Mauro/Weil*, AnwBl. 1981, 128 [131]; *Ostler*, NJW 1987, 283 [285]; *LR-Lüderssen*²⁴ Rn. 5f.).

- 13 **Rechtslehrer an Hochschulen** sind die selbständig und hauptberuflich an einer Universität (auch außerhalb des Straf- bzw. Strafprozeßrechts) Lehre und Forschung vertretenden Professoren (*LR-Lüderssen*²⁴ Rn. 8), auch entpflichtete und Honorarprofessoren und Privatdozenten (*Kleinknecht/Meyer*³⁹ Rn. 4; a.M. *LR-Lüderssen*²⁴ a.a.O. bzgl. Honorarprofessoren), nicht aber Lehrbeauftragte und andere wiss. Mitarbeiter, auch wenn sie einen Lehrauftrag besitzen (*BVerwG* NJW 1970, 2315 (für § 67 Abs. 1 VwGO); *KG* JR 1956, 29 = JZ 56, 288 m. abl. Anm. *Peters* und *Müller*, JZ 1956, 524; vgl. *Kleinknecht/Meyer*³⁹ Rn. 4; *LR-Lüderssen*²⁴ Rn. 8; a.M. *KK-Laufhütte*² Rn. 5; *KMR-Müller*⁷ Rn. 1; *LR-Dünnebieber*²³ Rn. 8); sie können aber nach Abs. 2 zugelassen werden (*KG* a.a.O.).
- 14 Der Verteidigerstatus bleibt, auch wenn nachträglich der Lehrstuhl an einer ausländischen Hochschule übernommen wird (*OLG Koblenz* NStZ 1981, 403 = MDR 1981, 691 m. krit. Anm. *Bergmann*, MDR 1982, 97). Fachhochschullehrer fallen nicht unter Abs. 1 (*BGHSt* 34, 85 [87]; *BVerwG* NJW 1975, 2356; NJW 1979, 1174; *OVG Münster* NJW 1980, 1590; *KK-Laufhütte*² a.a.O.; *Kleinknecht/Meyer*³⁹ a.a.O.; *LR-Lüderssen*²⁴ a.a.O.; vgl. *BVerfG* NJW 1975, 2340).
- 15 Im **Rechtsbeschwerdeverfahren nach § 118 Abs. 3 StVollzG** sind Hochschullehrer nicht vertretungsberechtigt (*OLG Nürnberg* ZfStrVo 1990, 121).
- 16 Im **Steuerstrafverfahren** wird § 138 durch § 392 AO 1977 ergänzt; der Beschuldigte kann abweichend von § 138 Abs. 1 einen **Steuerberater, Steuerbevollmächtigten, Wirtschaftsprüfer und vereidigten Buchprüfer** als »vollwertigen« Wahlverteidiger hinzuziehen, soweit und solange die Finanzbehörde das Strafverfahren selbständig durchführt, also keine über § 386 Abs. 2 Nr. 2 AO hinausgehenden allgemeinen Straftatbestände verfolgt werden, wie etwa Diebstahl (*BGHSt* 36, 238); der so gewählte Verteidiger fällt mit unter die Beschränkung des § 137 Abs. 1 S. 2 (*Kohlmann*, § 392 AO, Rn. 35). Ansonsten können sie die Verteidigung nur in Gemeinschaft mit einem Rechtsanwalt oder Rechtslehrer (§ 392 Abs. 1, letzter Hs.) führen; dann ist wegen der eingeschränkten Kompetenz die Mitwirkung neben 3 Rechtsanwälten zulässig (*Maas*, S. 175). Daneben können sie, sofern kein Fall der notwendigen Verteidigung vorliegt, gem. §§ 392 Abs. 2 AO, 138 Abs. 2 StPO als alleiniger Verteidiger zugelassen werden. Zur Auslagenerstattung im Falle des Freispruchs bei Hinzuziehung eines Steuerberaters als Verteidiger neben einem Wahlverteidiger nach § 138 Abs. 1 instruktiv *KG* NStZ 1982, 207.

C. Wahl anderer Personen (Abs. 2)

I. Genehmigungserfordernis

- 17 Nach Abs. 2 können mit **Genehmigung** des Gerichts auch andere Personen als **Verteidiger** zugelassen werden, auch im Verfahren des Nebenstrafrechts (*OLG Koblenz* NStZ 1981, 489 [Ls.]). Abs. 2 soll den Kreis der zum Verteidiger wählba-

ren Personen über die Rechtsanwälte hinaus ausdehnen und das Vertrauensinteresse des Beschuldigten dadurch schützen, daß er jederzeit eine Person, der er sein Vertrauen zugewandt hat, wählen kann (vgl. *Hahn* Mat. 2 S. 1553; vgl. erg. *Seibert*, JZ 1951, 440; *Brangsch*, NJW 1952, 650).

Zu denken ist zunächst an Familienangehörige (*OLG Hamm* MDR 1978, 509 = JMBINRW 1978, 91), Freunde und Bekannte, **ausländische Rechtsanwälte** (*BGH* NStZ 1981, 269; Anm. *Riegel*, NStZ 1982, 295; zu Rechtsanwälten aus EG-Mitgliedstaaten s.o. Rn. 12), **Angehörige steuerberatender Berufe** im gerichtlichen Verfahren (also außerhalb des § 392 AO; *Erbs-Kohlhaas-Meyer*, § 392 AO Anm. 1; *Kohlmann* Rn. 21; v. *Witten*, NJW 1964, 2051; *Paulick*, DStR 62/63, 552; *Kopacek*, NJW 1965, 805; vgl. oben Rn. 16), **Assessoren** (*BGHSt* 26, 319), **Referendare außerhalb des § 139**, auch **Lehrbeauftragte** (*KG* JR 1956, 29 = JZ 1956, 288) oder Rechtsbeistände, die Mitglieder einer Rechtsanwaltskammer sind (*BGHSt* 32, 326 [329]; *OLG Koblenz* NJW 1982, 1955; *LG Braunschweig* AnwBl. 1968, 165; *OLG Nürnberg* MDR 1968, 944; *KK-Laufhütte*² Rn. 7; *Kleinknecht/Meyer*³⁹ Rn. 8); letztere können im Privatklageverfahren den Privatkläger oder einen Angeklagten vertreten (*LG Wiesbaden* RPfleger 1963, 315; a.A. *LG Braunschweig* AnwBl. 1968, 165); auch für **Rechtsbeistände gilt keine regionale Beschränkung** (*BayObLG* MDR 1956, 567; *OLG Neustadt* GA 1956, 362; a.A. *OLG Braunschweig* GA 1956, 182; *LG Braunschweig* AnwBl. 1986, 165; *LG Traunstein* AnwBl. 1961, 296).

In Betracht kommen nur **natürliche Personen**; juristische Personen und Personenvereinigungen können **nicht zu Verteidigern gewählt werden** (*BVerfGE* 43, 79 [91] = NJW 1977, 99; *OLG Stuttgart* Justiz 1977, 245; *OLG Neustadt* NJW 1953, 1606; *BayObLG* NJW 1953, 354 = *BayObLGSt* 52, 267; *OLG Hamm* MDR 1950, 755; *Seibert*, NJW 1952, 809; *KK-Laufhütte*² Rn. 8), z.B. eine Gewerkschaft (*AG Kaiserslautern* AnwBl. 1969, 254). Davon zu trennen ist die Frage, ob im Einzelfall ein Verstoß gegen das RBERG vorliegt (*BayObLGSt* 71, 177 = GA 1972, 276; *LG Kassel* AnwBl. 1975, 406).

Die Wahl nach Abs. 2 bedarf zur **Wirksamkeit nach außen** der Genehmigung des Gerichts. Über die Erteilung entscheidet das Gericht nach **pflichtgemäßem Ermessen** (*OLG Düsseldorf* NStZ 1988, 91 = StrV 1988, 377 = NStE Nr. 2 zu § 138; MDR 1983, 600; *OLG Hamm* MDR 1978, 509; *OLG Karlsruhe* JR 1987, 387 m. Anm. *Hammerstein* = NJW 1988, 2549 = NStZ 1987, 424 = StrV 1988, 378 = NStE Nr. 1 zu § 138; *KMR-Müller*⁷ Rn. 9; *Kleinknecht/Meyer*³⁹ Rn. 13; *KK-Laufhütte*² Rn. 8; *LR-Lüderssen*²⁴ Rn. 26); **Ermessensfehlgebrauch** liegt vor, wenn die Ablehnung ohne Begründung (*OLG Bremen* NJW 1951, 123) oder lediglich unter Hinweis auf eine »allgemeine Übung des Gerichts« geschieht (*BayObLG* NJW 1954, 1212).

Die **Versagung der Genehmigung** kommt nicht in Betracht, wenn der Gewählte vertrauenswürdig ist, das Vertrauen des Beschuldigten genießt, er nach den Umständen des Falls in besonderem Maße die Befähigung zur Verteidigung besitzt und auch sonst keine Bedenken gegen sein Auftreten als Verteidiger bestehen (*OLG Bremen* NJW 1951, 123). Die Ablehnung der Zulassung eines Strafgefängenen als Verteidiger ist nicht zu beanstanden (*OLG Düsseldorf*, NStZ 1988, 91 = StrV 1988, 377 = NStE Nr. 2 zu § 138). Nicht beizupflichten ist dem *OLG Karlsruhe* (JR 1987, 387 m. Anm. *Hammerstein* = NJW 1988, 2549 = NStZ 1987, 424 = StrV 1988, 378 = NStE Nr. 1 zu § 138; krit. Anm. *Hilla*, NJW 1988, 2525), daß selbst die üblichen in der Ausbildung im Straf- und Strafverfahrensrecht erworbe-

- nen Kenntnisse eines Volljuristen, der sich seit 20 Jahren nicht mehr mit Strafrecht beschäftigt hat, für eine besondere Befähigung zur Verteidigung (vor dem SchwG und neben einem Verteidiger nach Abs. 1) nicht ausreichen sollen.
- 22 Dabei sind das Interesse des Beschuldigten an der Verteidigung durch eine Person seines Vertrauens und die Bedürfnisse der Rechtspflege gegeneinander abzuwägen (*BayObLGSt* 1954, 53 = *NJW* 1954, 1212). Im **Jugendverfahren** kann die Mitwirkung eines seitens der Eltern gewählten Beistandes neben einem bereits tätigen Wahlverteidiger des Jugendlichen zu **erziehungshinderlichen Widersprüchen** führen, so daß die Versagung der Genehmigung zu rechtfertigen ist (*Potrykus*, *NJW* 1957, 1135 [1137]).
- 23 Es ist **kein besonderes Interesse hinsichtlich** der Verteidigung gerade durch die betreffende **Person zu fordern** (*BayObLG* *RPfleg* 78, 259; a.A. *OLG Oldenburg* *NJW* 1958, 33). Bestimmte Deliktgruppen von der Zulassungsmöglichkeit des Abs. 2 grundsätzlich auszunehmen, ist unstatthaft (*OLG Köln* *JMBINRW* 1953, 165). Die Zulassung kann auch für einzelne Prozeßakte erteilt werden (*RGSSt* 9, 80).
- 24 Die Genehmigung ist Voraussetzung für das Entstehen eines wirksamen Verteidigungsverhältnisses. **Prozeßhandlungen ohne Genehmigung sind bis zur Erteilung schwebend unwirksam** (*KK-Laufhütte*² Rn. 8; *Kaiser*, *NJW* 1982, 1367 [1369]).
- 25 Die Entscheidung über die Genehmigung ergeht durch **Beschluß**, der im Ablehnungsfall zu begründen ist (§ 34). Die **Genehmigung** kann **stillschweigend** erfolgen (*OLG Düsseldorf* *JMBINRW* 1980, 215; *BayObLG* *GA* 1970, 218; *RGSSt* 55, 213; *Seibert*, *JZ* 1951, 440) und **auch rückwirkend** erteilt werden (*RGSSt* 55, 213 [215]; *OLG Hamm* *MDR* 1951, 503; *RPfleg* 1954, *OLG Hamburg* *JZ* 1955, 218; *OLG Schleswig* *SchlHA* 1986, 104 [105] bei *Ernesti/Lorenzen*). Die nachträgliche Genehmigung heilt Wirksamkeitsmängel einer Prozeßhandlung rückwirkend (*BayObLG* *MDR* 1978, 862; *RGSSt* 55, 213; *Seibert* a. a. O., S. 441), wie umgekehrt die Genehmigungsverweigerung die Rechtsmittelerklärung des zwar bevollmächtigten, aber vom Gericht zurückgewiesenen Verteidigers endgültig unzulässig macht (*RGSSt* 62, 250).
- 26 Die **Genehmigung erstreckt sich** grundsätzlich **auf das gesamte Verfahren**, sofern der Beschuldigte nicht von vornherein die Zulassung nur für einen bestimmten Verfahrensabschnitt wünscht (*KK-Laufhütte*² Rn. 14; *LR-Lüderssen*²⁴ Rn. 27) oder für einzelne Prozeßhandlungen (*RGSSt* 9, 80).
- 27 Die **Genehmigung** ist **wieder zurücknehmbar**, allerdings nur mit Wirkung für die Zukunft (*LR-Lüderssen*²⁴ Rn. 28) und nicht willkürlich oder zur Unzeit (*Seibert*, *JZ* 1951, 440), wenn sich herausstellt, daß die Voraussetzungen nicht vorliegen oder nachträglich weggefallen sind (*BayObLGSt* 1953, 15 = *NJW* 1953, 755; *KK-Laufhütte*² Rn. 11; *Kleinknecht/Meyer*³⁹ Rn. 17; *LR-Lüderssen*²⁴ a. a. O.), z. B. weil erkennbar wird, daß der Gewählte die Verteidigung nicht zu führen vermag. Jedoch ist das Gericht, wenn in der Person des Verteidigers **Ausschlußgründe** vorliegen, an die Voraussetzungen der §§ 138 **aff.** und das damit verknüpfte Verfahren gebunden (*KMR-Müller*⁷ § 138a Rn. 1; a.A. *Ulsenheimer*, *GA* 1975, 109; *KK-Laufhütte*² Rn. 11; *Kleinknecht/Meyer*³⁹ Rn. 17).
- 28 **Zuständig** für die **Genehmigung oder deren Versagung** ist das Gericht, bei dem das Verfahren anhängig ist. Im Rechtsmittelverfahren ist das Rechtsmittelgericht zuständig, sobald ihm die Akten nach §§ 321, 347 Abs. 2 übersandt worden sind; auch im Ermittlungsverfahren gilt § 141 Abs. 4 entsprechend mit der Maßgabe, daß das Gericht entscheidet, nicht der Vorsitzende allein. Zuständig für die **Rück-**

nahme ist das zu diesem Zeitpunkt auch für eine etwaige (weitere) Genehmigung zuständige Gericht (*KK-Laufhütte*² Rn. 11). Wird der Antrag in der Hauptverhandlung gestellt, wirken die **Schöffen** bei der Entscheidung mit. Die Staatsanwaltschaft ist zu einer Zurückweisung des Verteidigers nicht **befugt** 29 (*KK-Laufhütte*² a. a. O.; *Kleinknecht/Meyer*³⁹ a. a. O.; a.A. *OLG Düsseldorf* *NJW* 1962, 265).

II. Rechtsschranken bei notwendiger Verteidigung (Abs. 2, 2. Hs)

Liegt ein Fall der notwendigen Verteidigung vor, dürfen Personen, die nach Abs. 2 zum Verteidiger wählbar sind, die Verteidigung nicht allein führen, sondern nur in Gemeinschaft mit einem Verteidiger, der nach Abs. 1 gewählt oder nach § 142 Abs. 1 und 2 bestellt werden kann. Daher besteht eine **Zulassungsbeschränkung** dahin, daß die Genehmigung nach Abs. 2 zu versagen oder zu widerrufen ist, **wenn und solange** der Beschuldigte **keinen nach Abs. 1 wählbaren Verteidiger hat oder dessen Mandat endet**.

Der nach Abs. 2 Gewählte unterliegt bei Notwendigkeit der Verteidigung i. S. v. § 140 auch gewissen **Handlungs- bzw. Kompetenzrestriktionen**. Er hat zwar auch in diesem Fall im Grundsatz die vollen Verteidigerrechte, d. h. er kann die Akten einsehen, den inhaftierten Beschuldigten ohne Absprache mit dem Wahlverteidiger besuchen (*KG* *JR* 1988, 391 m. zust. Anm. *Hammerstein*), in der Hauptverhandlung Zeugen und Sachverständige befragen und Beweisanträge stellen (*KK-Laufhütte*² Rn. 12; *Kleinknecht/Meyer*³⁹ Rn. 19).

Allerdings müssen die Prozeßhandlungen vom anderen Verteidiger mitverantwortet werden. Daraus folgt, daß bei **widersprüchlichen Erklärungen** der Wille des nach Abs. 1 gewählten Verteidigers (Rechtsanwalts oder Hochschullehrers) entscheidet (*Lohmeyer*, *MDR* 1974, 199; *Gehre*, *DStR* 1968, 10; a.A. *Luthmann*, *DStR* 1969, 556).

Fraglich ist, ob der andere Verteidiger daher **Prozeßhandlungen des nach Abs. 2 Gewählten** ausdrücklich **widerrufen** und ihnen dadurch von Anbeginn an die Wirksamkeit nehmen kann (vgl. *KK-Laufhütte*² a. a. O.). Diese Frage ist zu bejahen, so kann der Hauptverteidiger Beweisanträge durch Widerspruch bzw. Rücknahme gegenstandslos machen (*Franzen*, *DStR* 1967, 533).

Rechtsmittel kann der Verteidiger nach Abs. 2 nur wirksam einlegen und begründen, wenn der andere Verteidiger sie mitunterzeichnet (*BGHSt* 32, 326 = *NSStZ* 1984, 465 [Ls.] = *NJW* 1984, 2480; *KK-Laufhütte*² a. a. O.; *Kleinknecht/Meyer*³⁹ Rn. 20; *LR-Lüderssen*²⁴ Rn. 33; *OLG Hamburg* *BB* 1981, 658 = *NJW* 1981, 934 [Ls.]); so etwa durch Mitunterzeichnung der Revisionsbegründung (*KG* *NJW* 1974, 916; *JR* 1983, 83). Das gilt auch für den Rechtsbeistand, der **RAK-Mitglied** ist (*BGH* a. a. O.).

E. Anfechtung

Die Entscheidung des Gerichts ist mit der **Beschwerde** gem. § 304 Abs. 1 anfechtbar. Beschlüsse des *OLG* sind nach § 304 Abs. 4 der Anfechtung entzogen. § 305 S. 1 steht nicht entgegen, da die Entscheidung in keinem inneren Zusammenhang mit dem Urteil steht und auch nicht lediglich dessen Vorbereitung dient (*OLG Düsseldorf* *NSStZ* 1988, 91; *OLG Hamburg* *MDR* 1969, 598; *KMR-Müller*⁷ Rn. 17; *Kleinknecht/Meyer*³⁹ Rn. 23; *KK-Laufhütte*² Rn. 17; *LR-Lüderssen*²⁴ Rn. 31).

Beschwerdeberechtigt ist im Fall der **Zurückweisung** einer Person als Verteidiger 36

gem. Abs. 1 der Abgelehnte selbst (BGHS 8, 194; OLG Hamburg MDR 1969, 598).

- 37 **Versagung, Rücknahme oder Widerruf der Genehmigung** nach Abs. 2 berechtigen den **Beschuldigten** und den zum **Verteidiger** Gewählten (a.A. OLG Hamburg MDR 1969, 598) **zur Anfechtung** (BayObLGSt 1954, 53 = NJW 1954, 1212; BayObLGSt 1953, 15 = NJW 1953, 755; OLG Bremen NJW 1951, 123; OLG Oldenburg NJW 1958, 33; OLG Düsseldorf JZ 1988, 56 = NStZ 1988, 91), im Fall der **Zulassung** ist der **StA** mangels Beschwer **kein Anfechtungsrecht** zuzubilligen (LG Dortmund JMBINRW 1954, 156; a.A. KK-Laufhütte² Rn. 17; Kleinknecht/Meyer³⁹ Rn. 23).
- 38 Das Beschwerdegericht überprüft die Entscheidung in vollem Umfang, nicht nur auf Rechtsfehler (BayObLG a.a.O.; OLG Bremen a.a.O.; OLG Oldenburg a.a.O.; Kleinknecht/Meyer³⁹ a.a.O.; KMR-Müller⁷ a.a.O.; a.M. OLG Düsseldorf MDR 1983, 600 = JMBINRW 1983, 54; NStZ 1988, 91; LR-Lüderssen²⁴ a.a.O.).
- 39 Mit der **Revision** kann die Verletzung des § 338 Nr. 8 oder auch des § 265 Abs. 4 (OLG Köln NJW 1970, 720; vgl. auch OLG Celle JW 1965, 2264) gerügt werden, wenn durch die Ablehnung die Genehmigung die Verteidigung unzulässig beschränkt worden ist (KK-Laufhütte² Rn. 18; LR-Lüderssen²⁴ Rn. 32). Das ist nicht der Fall, wenn der Beschuldigte anderweitig ordnungsgemäß verteidigt war (KK-Laufhütte² a.a.O.; vgl. BGHS 27, 154 [157]).
- 40 Die Urteilsverkündung in Abwesenheit des Pflichtverteidigers ist unschädlich, wenn in dessen Einvernehmen der nach § 138 Abs. 2 zugelassene Verteidiger zugegen ist (OLG Bremen VRS 65 [1983], 36).

§ 138a (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**
- an der Tat, die den Gegenstand der Untersuchung bildet, **beteiligt ist,**
 - den Verkehr mit dem nicht auf freiem Fuß befindlichen Beschuldigten **dazu mißbraucht, Straftaten zu begehen oder die Sicherheit einer Vollzugsanstalt erheblich zu gefährden, oder**
 - 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 § 129a 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) Die **Ausschließung ist aufzuheben**,
- sobald ihre **Voraussetzungen nicht mehr vorliegen, jedoch nicht allein deshalb, weil der Beschuldigte auf freiem Fuß gesetzt worden ist,**
 - wenn der Verteidiger in einem wegen des Sachverhalts, der zur Ausschließung geführt hat, eröffneten Hauptverfahren freigesprochen oder wenn in einem Urteil des Ehren- oder Berufungsgerichts eine schuldhaftige Verletzung der Berufspflichten im Hinblick auf diesen Sachverhalt nicht festgestellt wird,
 - wenn nicht spätestens ein Jahr nach der Ausschließung wegen des Sachverhalts, der zur Ausschließung geführt hat, das Hauptverfahren im Strafverfahren

ren oder im ehren- oder berufsgerichtlichen Verfahren eröffnet oder ein Strafbefehl erlassen worden ist.

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

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

Literatur

- Anschütz Die Entziehung der Verteidigungsbefugnis, Diss. Heidelberg, 1959.
- Amelung Nochmals: § 34 StGB als öffentlichrechtliche Eingriffsnorm?, NJW 1978, 623.
- Armbrüster Die Entwicklung der Verteidigung in Strafsachen, 1980.
- Bandisch Berufsrecht des Strafverteidigers, Einführung, AnwBl. 1989, 468.
- Beulke Der Verteidiger im Strafverfahren, Funktionen und Rechtsstellung, 1980.
- ders. Die Strafbarkeit des Verteidigers, 1989.
- Botke Die Wahrheitspflicht des Verteidigers, ZStW 96 (1984), 726.
- Crummenerl Verteidigung im Strafraum?, StrV 1988, 86.
- Dahs Das ›Anti-Terroristen-Gesetz‹ – eine Niederlage des Rechtsstaates, NJW 1976, 2148.
- ders. Ausschließung und Überwachung des Strafverteidigers – Bilanz und Vorschau, NJW 1975, 1385.
- ders. Wehrhafter Rechtsstaat und freie Verteidigung – ein Widerspruch?, ZRP 1977, 164.
- Dencker Die Ausschließung des Pflichtverteidigers, NJW 1979, 2176.
- Donus Ausschließung und Überwachung des Verteidigers im Strafverfahren, 1978.
- Dünnebier Ausschließung von Verteidigern und Beschränkung der Verteidigung, NJW 1976, 1.
- ders. Über Änderungen im Recht der Verteidigung, Pfeiffer-FS (1988), 265.
- Ernesti Grenzen anwaltlicher Interessenvertretung im Ermittlungsverfahren, JR 1982, 221.
- ders. Die Entziehung der Verteidigungsbefugnis, SchlHA 1974, 29.
- Gatzweiler Der »neue« Strafverteidigertyp in seiner Umsetzung im DAV, in: Strafverteidigung und Strafprozeß, Koch-FS (1989), 93.
- Göddecke Die Einschränkung der Verteidigung, 1980.
- Gössel Die Stellung des Verteidigers im rechtsstaatlichen Strafverfahren, ZStW 94 (1982), 5.
- Groß Der erweiterte Verteidigerausschluß nach § 138a II StPO – eine Fehlentscheidung des Gesetzgebers, NJW 1975, 422.