

# Großkommentare der Praxis





Löwe-Rosenberg

**Die Strafprozeßordnung  
und das  
Gerichtsverfassungsgesetz**

**Großkommentar**

**25., neubearbeitete Auflage**

herausgegeben von

Peter Rieß

**Dritter Band**

§§ 137–212b

Bearbeiter:

§§ 137–150: Klaus Lüderssen

§§ 151–157: Werner Beulke

§§ 158–169c: Peter Rieß

§§ 170–197: Kirsten Graalmann-Scheerer

§§ 198–212b: Peter Rieß



RECHT

**De Gruyter Recht · Berlin**

Erscheinungsdaten der Lieferungen:

§§ 137–157	(21. Lieferung):	März 2002
§§ 158–169c	(28. Lieferung):	März 2004
§§ 170–212b	(19. Lieferung):	Dezember 2001

ISBN 3-89949-125-4

*Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek*

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

© Copyright 2004 by De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, D-10785 Berlin

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Datenkonvertierung/Satz: WERKSATZ Schmidt & Schulz GmbH, 06773 Gräfenhainichen

Druck: Druckerei H. Heenemann GmbH, 12103 Berlin

Bindearbeiten: Lüderitz & Bauer GmbH, 10963 Berlin

Printed in Germany

## Die Bearbeiter der 25. Auflage

Dr. **Werner Beulke**, Professor an der Universität Passau

Dr. **Reinhard Böttcher**, Präsident des Oberlandesgerichts Bamberg, Honorarprofessor an der Universität München

**Olaf Boll**, Präsident des Landgerichts Konstanz

**Ottmar Breidling**, Vors. Richter am Oberlandesgericht Düsseldorf

Dr. **Hans Dabs**, Rechtsanwalt, Honorarprofessor an der Universität Bonn

Dr. **Ulrich Franke**, Oberstaatsanwalt beim Bundesgerichtshof

Dr. **Karl Heinz Gössel**, Professor an der Universität Erlangen-Nürnberg, Richter am Bayerischen Obersten Landesgericht a. D., München

Dr. **Walter Gollwitzer**, Ministerialdirigent im Bayerischen Staatsministerium der Justiz a. D., München

Dr. **Kirsten Graalman-Scheerer**, Generalstaatsanwältin in Bremen, Honorarprofessorin an der Hochschule für Öffentliche Verwaltung in Bremen

Dr. **Ernst-Walter Hanack**, Professor an der Universität Mainz

Dr. **Hans Hilger**, Ministerialdirektor im Bundesministerium der Justiz a. D.

Dr. **Daniel M. Krause**, LL.M., Rechtsanwalt in Berlin

Dr. **Klaus Lüderssen**, Professor an der Universität Frankfurt am Main

Dr. **Holger Matt**, Rechtsanwalt in Frankfurt am Main

Dr. **Peter Rieß**, Ministerialdirektor im Bundesministerium der Justiz a. D., Honorarprofessor an der Universität Göttingen

Dr. **Gerhard Schäfer**, Vors. Richter am Bundesgerichtshof a. D.

Dr. **Wolfgang Siolek**, Vors. Richter am Oberlandesgericht Celle

**Günter Wendisch**, Generalstaatsanwalt a. D. in Bremen

**Thomas Wickern**, Oberstaatsanwalt in Düsseldorf



# **Inhaltsübersicht**

## **ERSTES BUCH**

### **Allgemeine Vorschriften**

<i>Elfter Abschnitt.</i>	Verteidigung	§§ 137–149
--------------------------	--------------	------------

## **ZWEITES BUCH**

### **Verfahren im ersten Rechtszug**

<i>Erster Abschnitt.</i>	Öffentliche Klage	§§ 151–157
<i>Zweiter Abschnitt.</i>	Vorbereitung der öffentlichen Klage	§§ 158–177
<i>Dritter Abschnitt.</i>	Gerichtliche Voruntersuchung – aufgehoben –	§§ 178–197
<i>Vierter Abschnitt.</i>	Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens	§§ 198–212b





## ELFTER ABSCHNITT

### Verteidigung Vorbemerkungen

**Schrifttum.** *Ackermann* Die Verteidigung des schuldigen Angeklagten, NJW 1954 1385; *Ackermann* Darf der Verteidiger auf Freispruch hinwirken, wenn er die Schuld des vor Gericht leugnenden Angeklagten kennt? GedS Cüppers (1955) 92; *Ackermann* Zur Psychologie des Angeklagten im Strafverfahren aus der Sicht des Verteidigers, MSchrKrim 40 (1957) 129; *Ackermann* Zur Verschwiegenheitspflicht des Rechtsanwalts in Strafsachen, FS zum 100-jährigen Bestehen des DJT, Bd. 1 (1960) 479; *Alexander* Die Stellung des Verteidigers, ZStW 51 (1931) 54; *Alsberg* Die Philosophie der Verteidigung (1930); *Ankermann* Nach einem Verfahren platt oder: Adieu! Rechtsstaat, DRiZ 1993 67; *Arbeitskreis Strafprozeßreform* Die Verteidigung. Gesetzentwurf mit Begründung (1979); *Arbeitstagung der Generalstaatsanwälte und des Generalbundesanwalts* zum „Verteidigerverhalten in Terroristenverfahren“, StV 1991 284; *Arapidou* Die Rechtsstellung des Strafverteidigers (1997); *Armbrüster* Die Entwicklung der Verteidigung in Strafsachen (1980); *Augstein* Polizei und Verteidiger, BKA-Vortragsreihe Bd. 23 (1977) 111; *Augstein* Der Anwalt, Organ der Rechtspflege, NStZ 1981 52; *Augstein* Anwälte und Terroristen – Zur Behinderung der Verteidigung durch „Anti-Terrorgesetze“, in: Wassermann (Hrsg.) Terrorismus contra Rechtsstaat (1976) 188; *Baatz* Rechtliche Charakterisierung anwaltlicher Tätigkeit, NJ 1980 38; *Bader* Strafverteidigung vor deutschen Gerichten im Dritten Reich, JZ 1972 6; *Barton* Sachverständiger und Verteidiger, StV 1983 73; *Barton* Strafverteidigungs-Aktivitäten im Justizalltag, StV 1984 394; *Barton* Zur Effizienz der Strafverteidigung, MSchrKrim 68 (1988) – 93; *Barton* Strafverteidigung und Kriminaltechnik, StV 1988 126; *Barton* Das Vertragsprinzip – ein neues Strafverteidigungs-Paradigma? StV 1990 237; *Barton* Schadensersatzpflicht des Verteidigers bei fehlerhafter Revisionsbegründung, StV 1991 322; *Barton* Mindeststandards der Strafverteidigung (1994); *Barton* Rechtstatsachen zur Dauer von Strafverfahren und zu deren Gründen, StV 1996 690; *Barton* Strafverteidigungsorientierte Ausbildung im Studium, JA 2001 164; *Basdorf* Änderungen des Beweisantragsrechtes und Revision, StV 1995 310; *Basdorf* Formelle und informelle Präklusion im Strafverfahren, StV 1997 488; *Bayer* Die Verteidigung im Strafprozeß, Diss. Erlangen 1958; *Berkenheide* Die Grenzen der anwaltlichen Strafverteidigung, Diss. Münster 1952; *Berg* Saboteure, Kommentare, DRiZ 1994 380; *Bernsmann* Wider eine Vereinfachung der Hauptverhandlung, ZRP 1994 329; *Bernsmann* Zur Stellung des Strafverteidigers im deutschen Strafverfahren, StraFo. 1999 226; *Bernsmann* Das Grundrecht auf Strafverteidigung und die Geldwäsche, StV 2000 40; *Bertram* Empfehlen sich Änderungen des Strafverfahrensrechts mit dem Ziel, ohne Preisgabe rechtsstaatlicher Grundsätze den Strafprozeß, insbesondere die Hauptverhandlung, zu beschleunigen? NJW 1994 2186; *Bertram* Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege (Strafrecht) 1995, ZRP 1996 46; *Bethge* Der verfassungsrechtliche Standort der „staatlich gebundenen“ Berufe, Diss. Köln 1968; *Beulke* Wohin treibt die Reform der Strafverteidigung? in: Strafprozeß und Reform (1979) 30; *Beulke* Der Verteidiger im Strafverfahren – Funktionen und Rechtsstellung (1980); *Beulke* Die Strafbarkeit des Verteidigers (1989); *Beulke* Thesen zur Strafverteidigung (Buchbesprechung), StV 1994 572; *Beulke* Strafverteidigung im Spannungsfeld zwischen Rechtsstaatlichkeit und Verfahrenseffizienz in Deutschland, in: Kühne/Miyazawa (Hrsg.) Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland (2000) 137; *Beulke* Zwickmühle des Verteidigers – Strafverteidigung und Strafvereitelung im demokratischen Rechtsstaat, FS Roxin (2001) 1173; *Beulke/Schreiber* (Hrsg.) Praxis der Strafverteidigung (1984 ff) [bisher 19 Bände; überwiegend mehrfach aufgelegt]; *Blath/Hobe* Strafverfahren gegen linksterroristische Straftäter und ihre Unterstützer, in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.) (1982); *Blaurock* (Hrsg.) Der Binnenmarkt und die Freiheit der freien

Berufe in Deutschland und Schweden (1997); *Bockemühl* (Hrsg.) Handbuch des Fachanwalts Strafrecht (2000); *Borgmann/Haug* Anwaltschaft<sup>3</sup> (1995); *Bornheim* Rechtliche und praktische Aspekte bei der Steuerstrafverteidigung in Gemeinschaft von Rechtsanwalt und Steuerberater, *wistra* 1997 212, 257; *Bottke* Wahrheitspflicht des Verteidigers, *ZStW* 96 (1984) 726; *Brause* Faires Verfahren und Effektivität im Strafprozeß, *NJW* 1992 2865; *Brei* Grenzen zulässigen Verteidigerverhaltens (1991); *Breucker* Verteidigungsfremdes Verhalten (1993); *Bringewat* Bewährungshilfe und Strafverteidigung: ein Rollenkonflikt? *MDR* 1988 617; *Brüssow/Gatzweiler/Krekeler/Mehle* Strafverteidigung in der Praxis<sup>2</sup> [2 Bände] (2000); *Bung/Dallmeyer/Jahn* Strafverteidiger-Symposium „Kriminalpolitik und Beschuldigteninteressen“, *StV* 1999 68; *Burhoff* Verteidigerfehler in der Tatsachen- und Revisionsinstanz, *StV* 1997 432; *Busse* Sind die Rechtsanwälte schuld an der Überforderung des Rechtsstaates? *AnwBl.* 1994 49; *Busse* Anwaltsethik unter der Geltung des neuen Berufsrechts, *AnwBl.* 1998 231; *Caesar* Strukturreform der Justiz, *RuP* 1994 131; *Claus* Die „Säuberung“ der Anwaltschaft nach 1933, *FoR* 1996 79; *Clausnitzer* Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit der Anwälte in der EG, *BRAK-Mitt.* 1989 59; *Cloeren* Strafbarkeit durch Beweisantragstellung? *Diss. Trier* (Mikrofiche 1994); *Croissant* Die sog. Terroristenprozesse und -gesetzgebung, *Rote Robe* 1983 32; *Croissant/Groenewold/Preuß u. a.* Politische Prozesse ohne Verteidigung (1976); *Crummenerl* Zum Stand des Standes Strafverteidiger/innen und ihr Berufsrecht, *StV* 1988 268; *Crummenerl* Verteidigung im Strafraum? *StV* 1988 86; *Dahs* Der Anwalt im Strafprozeß, *AnwBl.* 1959 171; *Dahs* Stellung und Grundaufgabe des Strafverteidigers, *NJW* 1959 1158; *Dahs* Verteidigung im Strafverfahren heute und morgen, *ZRP* 1968 17; *Dahs* Ausschließung und Überwachung des Strafverteidigers – Bilanz und Vorschau, *NJW* 1975 1385; *Dahs* Das Anti-Terroristen-Gesetz – eine Niederlage des Rechtsstaates, *NJW* 1976 2145; *Dahs* Wehrhafter Rechtsstaat und freie Verteidigung – ein Widerspruch? *ZRP* 1977 164; *Dahs* Stumpf gewordene StPO? *NJW* 1994 909; *Dahs* Das Verbrechensbekämpfungsgesetz vom 28. 10. 1994, *NJW* 1995 553; *Dahs* Strafverteidigung und Strafrechtspflege – eine Momentaufnahme, *FS Odersky* 317; *Dahs* Die Ausweitung des Widerspruchserfordernisses, *StraFo.* 1998 253; *Dahs* Handbuch des Strafverteidigers<sup>6</sup> (1999); *Dahs* Die Wahrheitspflicht des Strafverteidigers, *StraFo.* 2000 1981; *Damaska* Die Stellung des Verteidigers im amerikanischen Strafprozeß, *ZStW* 90 (1978) 829; *Danckert/Bertheau* Gefahrgeneigte Arbeit? Das besondere berufliche Risiko des Verteidigers, *FS Hanack* (1999) 27; *Deckers* „Mißbrauch“ von Anwaltsrechten zur „Prozeßsabotage“, *AnwBl.* 1981 316; *Deckers* Verteidigung in Haftsachen, *NJW* 1994 2261; *Deckers* Verteidigung in Verfahren wegen sexuellen Mißbrauchs von Kindern, *NJW* 1996 3105; *Detter* Der von der Verteidigung geladene psychiatrische Sachverständige – Konfliktverteidigung oder Ohnmacht der Tatgerichte? *FS Meyer-Goßner* (2001) 431; *Deppert* Die neuere Rechtsprechung des Senats für Anwaltsachen, *BRAK-Mitt.* 1998 54; *Dölp* Abschied von der Hauptverhandlung, *NStZ* 1998 235; *Dörken* Bericht über das Kolloquium „Die Institution des Strafverteidigers in rechtsvergleichender Sicht“, *ZStW* 93 (1981) 309; *Dornach* Der Strafverteidiger als Mitgarant eines justizförmigen Strafverfahrens – ein Plädoyer für die öffentlichen Funktionen des Strafverteidigers (1994); *Dornach* Ist der Strafverteidiger aufgrund seiner Stellung als „Organ der Rechtspflege“ Mitgarant eines justizförmigen Strafverfahrens? *NStZ* 1995 57; *Driendl* Zwischen Konsenszwang und Konfliktverbot. Verteidigung und Verteidigungsbeschränkung in der Hauptverhandlung in Österreich, *JZ* 1980 457; *Dünnebieber* Ausschließung von Verteidigern und Beschränkung der Verteidigung, *NJW* 1976 1; *Dünnebieber* Über Änderungen im Recht der Verteidigung, *FS Pfeiffer* 265; *Dürkop* Was sind Mandanteninteressen? in: *Holtfort* (Hrsg.) Strafverteidiger als Interessenvertreter (1979) 172; *Ebert* Der Nachweis von Vollmachten im Straf- und Bußgeldverfahren, *DRiZ* 1984 237; *Eberth/Eckhart Müller* Verteidigung in Betäubungsmittelsachen<sup>2</sup> (1993); *Eisenberg* Aspekte der Rechtstellung des Strafverteidigers, *NJW* 1991 1257; *Eschen* Der Anwalt im Prozeß der Wahrheitsfindung – Waffengleichheit – Thesen, *Gustav Radbruch Forum* (1981) 60; *Eschen* § 1 BRAO – Bedeutung des Begriffs „Organ der Rechtspflege“, *StV* 1981 365; *Eser* Funktionswandel strafrechtlicher Prozeßmaximen, *ZStW* 104 (1992) 361; *Eylmann* Die Interessenkollision im Strafverfahren, *AnwBl.* 1998 359; *Falk* Vom unzeitigen Rennen, sich Sperren und Disputieren. Eine Fallstudie zur Verteidigung im Hexenprozeß, in: *Lehmann/Ulbricht* (Hrsg.) Vom Unfug des Hexen-Processes (1992) 281; *Fezer* Hat der Beschuldigte ein „Recht auf Lüge“? *FS Stree/Wessels* 663; *Fezer* Reduktion von Beweisantragserfordernissen – Systemverändernde Tendenzen in der tatrichterlichen Praxis und der Gesetzgebung, *StV* 1995 263; *Fezer* Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Strafverfahrensrecht, *JZ* 1996 602; *Finzel* Die Berufsordnung der Rechtsanwälte,

FS Posser (1997) 441; *Th. Fischer* Rechtsmißbrauch und Überforderung der Strafjustiz, *NStZ* 1997 212; *Fleischmann* Die freien Berufe im Rechtsstaat (1970); *Foth* „Der falsche Weg zum richtigen Ziel?“, *JR* 1996 99; *Freund* Stellungnahme zum Vorentwurf eines 2. Rechtspflegeentlastungsgesetzes, *ZRP* 1995 268; *Frister* Die Einschränkung von Verteidigungsrechten im Bundesratsentwurf eines „Zweiten Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege“, *StV* 1997 150; v. *Galen* Der Verteidiger – Garant eines rechtsstaatlichen Verfahrens oder Mittel zur Inquisition? Der Beschuldigte – verteidigt oder verkauft? *StV* 2000 575; *Gallas* Grenzen zulässiger Verteidigung im Strafprozeß, *ZStW* 53 (1934) 256; *Gatzweiler* Der „neue“ Strafverteidigertyp in seiner Umsetzung im DAV, *FS Koch* 93; *Gerlach* Der Verteidiger in Bagatelverfahren: Ein überflüssiges Organ der Rechtspflege? *FS II Peters* 153; *Gerlt* Der Gesetzentwurf zur Anwalts-GmbH: Ein Abschreckungsversuch? *MDR* 1998 259; *Göddeke* Bundesverfassungsgericht und Strafverteidigung, *DuR* 1980 176; *Göddeke* Die Einschränkung der Strafverteidigung (1980); *Görg* Der Wirtschaftsanwalt und die Kooperation mit dem Strafverteidiger, *AnwBl.* 1997 593; *Gössel* Die Stellung des Verteidigers im rechtsstaatlichen Strafverfahren, *ZStW* 94 (1982) 5; *Gössel* Das Problem der Strafverteidigung durch den Beschuldigten selbst oder durch einen Rechtsanwalt, Deutsche strafrechtliche Landesreferate zum 11. internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung, *ZStW* 94 (1982) 127; *Gössel* Empfehlen sich Änderungen des Strafverfahrensrechts mit dem Ziel, ohne Preisgabe rechtstaatlicher Grundsätze den Strafprozeß, insbesondere die Hauptverhandlung, zu beschleunigen? Gutachten C für den 60. DJT (1994); *Gössel* Der falsche Weg zum richtigen Ziel? *JR* 1995 364; *Gössel* Zum Verhältnis der Aufklärungsmaxime zum sog. „formellen Beweisantragsrecht“ im Strafverfahren, *JR* 1996 100; *Groenewold* Angeklagt als Verteidiger – Prozeßklärung und andere Texte (1978); *Gröner* Strafverteidiger und Sitzungspolizei (1998); *K.-H. Groß* Medien und Verteidigung im Ermittlungsverfahren, *FS Hanack* (1999) 39; *Grüner* Über den Mißbrauch von Mitwirkungsrechten und Mitwirkungspflichten des Verteidigers im Strafprozeß (2000); *Grüner/Wasserburg* Geldwäsche durch die Annahme des Verteidigerhonorars, *GA* 2000 430; *Grünwald* Die Verteidigung – Grundlagen und Ziele des Gesetzentwurfs des Arbeitskreises Strafprozeßreform, *AnwBl.* 1980 1; *Güde* Die Verteidigung aus der Sicht der Anklage, *AnwBl.* 1961 3; *Gülzow* Beschlagnahme von Unterlagen der Mandanten bei deren Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern oder Steuerberatern, *NJW* 1981 265; *Günther* Strafverteidigung (1982); *Güstrow* Tödlicher Alltag – Strafverteidigung im Dritten Reich (1981); *Gusy* Grundrechtsschutz der Strafverteidigung, *AnwBl.* 1984 225; *Hamburger Juristen* Die Einschränkung der Verteidigung im Strafprozeß (1976); *Haffke* Einschränkung des Beschlagnahmeprivilegs des Verteidigers durch den Rechtsgedanken der Verwirkung? *NJW* 1975 308; *Hamm* Entwicklungstendenzen der Strafverteidigung, *FS Sarstedt* 49; *Hamm* Der Standort des Verteidigers im heutigen Strafprozeß, *NJW* 1993 289; *Hamm* Was wird aus der Hauptverhandlung nach Inkrafttreten des Verbrechensbekämpfungsgesetzes, *StV* 1994 456; *Hamm* Strafverteidigung – Kampf oder Kuschelkurs? *NJW* 1997 1288; *Hammerstein* Zum Berufsbild des Strafverteidigers, *BRAK-Mitt.* 1983 59; *Hammerstein* Verteidigung ohne Verteidiger, *JR* 1985 140; *Hammerstein*, Verteidigung und Moralität, *NStZ* 1990 261; *Hammerstein* Verteidigung wider besseres Wissen? *NStZ* 1997 12; *Hanack* Aktuelle Probleme der Strafverteidigung in der Bundesrepublik Deutschland, *SchwZStr.* 1977 299; *Hanack* Arbeitskreis Strafprozeßreform: Die Verteidigung. Gesetzentwurf mit Begründung. Vorgelegt von Günter Bemann u. a. (1979), *ZStW* 93 (1981) 559; *Hannover* Abschaffung der Verteidigung im politischen Strafprozeß? *DuR* 1976 366; *Hannover* Strafverteidigung in der Vertrauenskrise, *KJ* 1977 221; *Hannover* Verteidigung als Menschenrecht, 3. Internationales Russell-Tribunal, Bd. 4 (1979) 9; *Hannover/Holtfort/Mauz* Strafverteidigung und Anwaltsorganisation (1979); *Hannover* „Das mußt du machen!“ – Erfahrungen eines Verteidigers im Ermittlungsverfahren gegen Terrorismus-Verdächtige (1982) 51; *Hansens* Die Rechtsprechung zum Anwaltschuldhaftpflichtrecht im Jahre 1991, *NJW* 1992 1353; *Hartstang* Anwaltsrecht (1996); *Hartung* Neuordnung des anwaltlichen Berufsrechts, *NJW* 1993 2776; *Hartung* Der Anwaltsberuf im Wandel, *MDR* 1999 1301; *Hartung/Holl* Anwaltliche Berufsordnung<sup>2</sup>(2001); *Haussen* Die rechtliche Stellung des Rechtsanwalts als Organ einer starken nationalsozialistischen Rechtspflege, *DR* 1944 353; *Hassemer* Reform der Strafverteidigung, *ZRP* 1980 326; *Hassemer* Informelle Programme im Strafprozeß, *StV* 1982 377; *Hassemer* Grenzen zulässiger Strafverteidigung, in: *Hamm/Lohberger* (Hrsg.) Beck'sches Formularbuch für den Strafverteidiger<sup>4</sup> (2001); *Haug* Die grundsätzliche Stellung des Verteidigers, *Diss. Tübingen* 1939; *Heeb* Grundsätze und Grenzen der anwaltlichen Strafverteidigung und ihre Anwendung auf den Fall der Mandatsübernahme, *Diss. Tübingen* 1973;

*Heinel/Romanil/Spaiol* Verteidiger und Strafverfahren, StV 1987 74; *Heinicke* Der Beschuldigte und sein Verteidiger in der Bundesrepublik Deutschland (1984); *Helms* Wirtschaftliche Aspekte der Strafverteidigung, in: Holtfort (Hrsg.) Strafverteidiger als Interessenvertreter (1979) 167; *Henschel* Die Strafverteidigung im Inquisitionsprozeß des 18. und im Anklageprozeß des 19. Jahrhunderts, Diss. Freiburg 1972; *Henssler* Anwaltsgesellschaften, NJW 1993 2137; *Herzog* Die Stellung zum Beweisantragsrecht als Indikator autokratischer und korporatistischer Vorstellungen im Strafverfahren, StV 1994 166; *Hillmann* Bedeutung und Funktion der freien Berufe, AnwBl. 1979 446; *Holtfort* Der Rechtsanwalt – Gegen die Mißdeutung des Begriffs „Organ der Rechtspflege“ – Eine Erwiderung, RuP 1977 173; *Holtfort* Ein Stück sozialer Gegenmacht, KJ 1977 313; *Holtfort* Der Anwalt als soziale Gegenmacht, in: Holtfort (Hrsg.) Strafverteidiger als Interessenvertreter (1979) 37; *Huffmann* Kampf um freie Advokatur, Diss. Bonn 1965; *Hug* Die Freiburger Anwaltschaft im vergangenen Jahrhundert, AnwBl. 1993, 372; *Ignor* Die Rechtsstellung des Strafverteidigers, in: Ziegert (Hrsg.) Grundlagen der Strafverteidigung (2000) 15; *Ignor* Beratungsmandat und Beteiligungsverdacht, StraFo. 2001 42; *Isermann* Der Strafverteidiger als „Organ der Rechtspflege“ – ein historisches Danaergeschenk? in: Holtfort (Hrsg.) Strafverteidiger als Interessenvertreter (1979) 14; *Isermann* Anwalt als „Rechtshelfer sozialer Gegenmacht“, RuP 1977 119; *Jahn* Kann „Konfliktverteidigung“ Strafreitelung (§ 258 StGB) sein? ZRP 1998 103; *Jahn* Sitzungspolizei contra „Konfliktverteidigung“? NSTz 1998 389; *Jahn* „Konfliktverteidigung“ und Inquisitionsmaxime (1998); *Jahn* Das Zivilrecht der Pflichtverteidigung, JR 1999 1; *Johnigk* Strafverteidigung und anwaltliches Berufsrecht, in: Brüssow u. a. (Hrsg.) Strafverteidigung in der Praxis<sup>2</sup> (2000) 59; *Jolmes* Der Verteidiger im deutschen und österreichischen Strafprozeß, Diss. Göttingen 1982; *Jung* Strafverteidigung in Europa, StV 1990 509; *Jungfer* Eigene Ermittlungstätigkeit des Strafverteidigers – Strafprozessuale und standesrechtliche Möglichkeiten und Grenzen, StV 1981 100; *Jungfer* Strafverteidigung in der Weimarer Republik, in: Ebert (Hrsg.) Aktuelle Probleme der Strafrechtspflege (1991) 37; *Kaiser* Die Verteidigervollmacht und ihre Tücken, NJW 1982 1368; *Kalf* Die Beschlagnahme von Verteidigungsunterlagen in der Wohnung des Beschuldigten, Die Polizei 1985 4; *Kamann* Mehr Soll als Haben, StV 1996 120; *Kasper* Der Anwalt im Kampf ums Recht, JZ 1995 746; *Kempf* Rechtsmißbrauch im Strafprozeß, StV 1996 507; *Kempf* Rechtsbeugung als Mittel der Rechtspolitik, FS Friebertshäuser 83; *Kempf* Lange und überlange Strafverfahren, AnwBl. 1997 75; *Kempf* Muß die Diskussion um Beschleunigung und Entlastung des Strafverfahrens neu beginnen? AnwBl. 1997 100; *Kempf* Die Funktion von Strafrecht und Strafverteidigung in einer modernen Gesellschaft, NJW 1997 1729; *Kempf* Der Rechtsanwalt als Strafverteidiger, in: Brüssow u. a. (Hrsg.) Strafverteidigung in der Praxis<sup>2</sup> (2000) 1; *Kintzi* Möglichkeiten der Vereinfachung und Beschleunigung von Strafverfahren de lege ferenda, DRiZ 1994 325; *Kleine-Cosack* Vom Universalanwalt zum Spezialanwalt, NJW 1992 785; *Kleine-Cosack* Neuordnung des anwaltlichen Berufsrechts, NJW 1994 2249; *Kleine-Cosack* Berufs- und Fachanwaltsordnung für Rechtsanwälte, NJW 1997 1257; *Knapp* Der Verteidiger – ein Organ der Rechtspflege? Diss. Saarbrücken 1974; *Knapp* Verteidigung des Rechtsstaates durch Bekämpfung des Verteidigers? AnwBl. 1975 373; *Kniemeyer* Das Verhältnis des Strafverteidigers zu seinen Mandanten: Vertrauen und Unabhängigkeit, Frankfurt/M. (1997); *Köberer* Untersuchungshaft – Erfahrungen eines Strafverteidigers, in: Deutsche Strafverteidiger e. V. (Hrsg.) Sinn und Unsinn der U-Haft (1997) 43; *König* Vom Dienst am Recht, Rechtsanwälte als Strafverteidiger im Nationalsozialismus (1987); *Kohlmann* Waffengleichheit im Strafprozeß? FS Peters 311; *Kopp* Die Anwaltsgerichtsbarkeit, BRAK-Mitt. 1998 56; *Krach* Strafverteidigung durch jüdische Rechtsanwälte in der NS-Zeit, NJW 1995 1384; *Achim Krämer* Der Rechtsanwalt – ein „staatlich gebundener Vertrauensberuf“? NJW 1975 849; *Achim Krämer* Die verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts, NJW 1995 2313; *Andreas Krämer* Zum Qualitätsverständnis anwaltlicher Rechtsberatung, NJW 1996 2354; *Krahl* Mißachtung rechtsstaatlicher Verfahrensgrundsätze durch die schriftliche und selbstlesende Hauptverhandlung, GA 1998 329; *Krause* Die zivilrechtliche Haftung des Strafverteidigers, NSTz 2000 225; *Krekeler* Beeinträchtigungen der Rechte des Mandanten durch Strafverfolgungsmaßnahmen gegen den Rechtsanwalt, NJW 1977 32; *Krekeler* Beeinträchtigungen der Rechte des Mandanten durch gerechtfertigte und mißbräuchliche Strafverfolgungsmaßnahmen gegen den Rechtsanwalt – Durchsuchung und Beschlagnahme, AnwBl. 1977 367; *Krekeler* Durchsuchung des Verteidigers beim Betreten des Gerichtsgebäudes, NJW 1979 185; *Krekeler* Terrorismusbekämpfung durch Änderung des Strafverfahrensrechts? in: Kurskorrekturen im Recht. Die Vorträge und Referate des Deutschen Richtertages 1979 in Essen (1980); *Krekeler*

Probleme der Verteidigung in Wirtschaftsstrafsachen, *wistra* **1983** 280; *Krekeler* Strafrechtliche Grenzen der Verteidigung, *NStZ* **1989** 146; *Krekeler* Durchsuchung und Beschlagnahme in Anwaltsbüros, *FS Koch* 165; *Krekeler* Auskunfts- und Raterteilung durch den Verteidiger, *FS Friebertshäuser* 53; *Kröpil* Entstehungsgeschichte der strafprozessualen Mißbrauchsvorschriften in § 241 Abs. 1 und § 138a Abs. 1 Nr. 2 StPO, *DRiZ* **1996** 448; *Kröpil* Ist eine allgemeine gesetzliche strafprozessuale Mißbrauchsklausel notwendig? *ZRP* **1997** 9; *Kröpil* Zum Meinungsstreit über das Bestehen eines allgemeinen strafprozessualen Mißbrauchsverbots, *JuS* **1997** 354; *Kröpil* Zum Begriff des Mißbrauchs in §§ 241 Abs. 1, 138a Abs. 1 Nr. 2 StPO, *JR* **1997** 315; *Kröpil* Die Bedeutung der strafprozessualen Verfahrensziele für den Mißbrauch strafprozessualer Befugnisse, *JZ* **1998** 135; *Krüger* Probleme der anwaltlichen Interessenvertretung im Ordnungswidrigkeitenverfahren, *NJW* **1981** 1642; *Krüger* Der Verteidiger im Strafverfahren, *Kriminalistik* **1974** 392; *Krumstiek* Verkürzung überlanger Hauptverhandlung und Entlastung der Strafrechtspflege, *RuP* **1994** 127; *Kudlich* Unzulässigkeit eines mißbräuchlichen Hilfsbeweisanspruchs, *JuS* **1997** 507; *Kudlich* Strafprozeß und allgemeines Mißbrauchsverbot (1998); *Kudlich* Gesetzliche Regelungsmöglichkeiten gegen den strafprozessualen Mißbrauch im Kontext von Freiheit und Verantwortung, in: *Freiheit und Verantwortung* in schwieriger Zeit (1998) 13; *Kühne* Wer mißbraucht den Strafprozeß? *StV* **1996** 684; *Kunert* Vom Nutzen (und Nachteilen) von Handbüchern für den Fachanwalt für Strafrecht *GA* **2001** 369; *Kunigk* Prozeßführung und Strafverteidigung (1976); *Lamberti* Strafvereitelung durch Strafverteidiger, *Diss. Münster* 1988; *Lammer* Täter-Opfer-Ausgleich und Schadenswiedergutmachung, *StraFo* **1997** 257; *Leipold* Form und Umfang des Erklärungsrechts nach § 257 StPO und seine Auswirkungen auf die Widerspruchslösung des Bundesgerichtshofs, *StraFo* **2001** 300; *Leitsätze* zur Reform des Rechts der Verteidigung. Erstellt von der Strafrechtskommission der Fachgruppe Richter und Staatsanwälte in der Gewerkschaft ÖTV, *AnwBl.* **1981** 224; *Leistner* Der Anwalt im Strafprozeß, *DRiZ* **1960** 243; *Levy* Das Recht auf Verteidigung, *Forum Europarat* **1981** 4, S. IX–X; *Liemersdorf* Grenzziehung zwischen zulässigem und unzulässigem Verhalten des Strafverteidigers im Umgang mit seinem Mandanten, *MDR* **1989** 204; *Lindner* Anwaltliches Berufsrecht: Referentenentwurf als Mogelpackung, *MDR* **1993** 605; *Lingenberg/Hummell/Zuck/Eich* Kommentar zu den Grundsätzen des anwaltschaftlichen Standesrechts<sup>2</sup> (1988); *Lüderssen* Aus der grauen Zone zwischen staatlichen und individuellen Interessen. Zur Funktion der Strafverteidigung in einer freien Gesellschaft, *FS Sarstedt* 145; *Lüderssen* Wie abhängig ist der Strafverteidiger von seinem Auftraggeber? Wie unabhängig kann und soll er sein? *FS Dünnebieber* 263; *Lüderssen* Die Pflichtverteidigung, *NJW* **1986** 2742; *Lüderssen* Die Krise des staatlichen Strafanspruchs, Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie, Heft 10 (1989); *Lüderssen* Die Stellung des Strafverteidigers – neue Aspekte: Wahrheitspflicht, „Geldwäsche“, Schadensersatz, *FS Waltos* (2000) 324; *Lüderssen* Bedeutung und Wirkung von „Vertrauen“ in der Beziehung zwischen Mandant und Verteidiger, in: *Symposium zum 60. Geburtstag von Egon Müller* (2000) 41; *Maas* Probleme der gemeinschaftlichen Verteidigung durch Rechtsanwälte und Angehörige der steuerberatenden Berufe, *Diss. Köln* 1983; *Maatz* Mitwirkungspflicht des Verteidigers in der Hauptverhandlung und Rügeverlust, *NStZ* **1992** 513; *Madert* Anwaltsgebühren in Straf- und Bußgeldsachen<sup>3</sup> (1998); *Madlener* Die Institution des Verteidigers in rechtsvergleichender Sicht, *ZStW* **93** (1981) 275; *Malek* Verteidigung in der Hauptverhandlung<sup>3</sup> (1999); *Malmendier* „Konfliktverteidigung“ – ein neues Prozeßhindernis? *NJW* **1997** 227; *Martin* Die Änderungen der StPO durch das Gesetz zur Ergänzung des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrensrechts vom 20. 12. 1974 in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes und des Bundesverfassungsgerichts, *FS Dreher* 647; *Marxen/Tiemann* Die Wiederaufnahme in Strafsachen (1993); *Mayen* Die verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts, *NJW* **1995** 2317; *Mayer* Inwieweit ist Beweismaterial in der Hand des Verteidigers beschlagnahmefrei? *SchlHA* **1955** 348; *Mehle* Anmerkungen zum Alternativentwurf aus anwaltlicher Sicht, *NStZ* **1982** 309; *Mehle* Der Verteidiger – Ein Korrektiv auch zu Lasten des Beschuldigten, *FS II Peters* 201; *Mehle* Strafvereitelung durch Wahrnehmung prozessualer Rechte? *FS Koch* 179; *Meyer-Goßner/Ströber* Reform des Rechtsmittelsystems in Strafsachen, *ZRP* **1996** 354; *Meyer-Goßner/Ströber* Erwiderung auf Barton, *StV* **1997** 212; *Meyer-Goßner/Appl* Die Ausweitung des Widerspruchserfordernisses, *StraFo* **1998** 258; *Meyer-Goßner* Die Verteidigung vor dem Bundesgerichtshof und dem Instanzgericht, *FS 50 Jahre BGH* (2000) 615; *Michalke* Thesen zur Strafverteidigung (Buchbesprechung), *ZRP* **1993** 311; *Michalke* Umweltstrafsachen<sup>2</sup> (1999); *Morsch* Zur Rechtsstellung des Beschuldigten und seines Verteidigers im Vorverfahren unter

Berücksichtigung der Aufgabe des gesamten Strafverfahrens, Diss. Mainz 1968; *Elmar Müller* Strafverteidigung im Überblick (1989); *Elmar Müller/Freyschmidt* Verteidigung in Straßenverkehrssachen<sup>7</sup> (1999); *Egon Müller* Strafverteidigung, NJW 1981 1801; *Egon Müller* Der Grundsatz der Waffengleichheit im Strafverfahren, NJW 1976 1093; *Egon Müller* Gedanken zur Vernehmung des Angeklagten in der Hauptverhandlung und zum sog. Opening Statement des Verteidigers, FS Hanack 67; *I. Müller* Neue Grenzen anwaltlicher Tätigkeit? DuR 1977 267; *I. Müller* Verteidigerrechte – Eine traurige Geschichte, in: Holtfort (Hrsg.) Strafverteidiger als Interessenvertreter (1979) 69; *K. Müller* Die Pflichten des Anwalts im Zusammenhang mit der Führung des Prozesses, JR 1969 161; *L. Müller* Die Freiheit der Advokatur, Diss. Würzburg 1972; *Müller-Dietz* Strafverteidigung und Strafvereitelung, Jura 1979 242; *Müller-Meinungen* Die Selbstachtung des Verteidigers, AnwBl. 1978 218; *Mützelburg* Über Verteidigung im Verständnis der Verteidiger, FS Dünnebieber 277; *Nehml-Senge* Ursachen langer Hauptverhandlungen, NSTZ 1998 377; *Neuhaus* Terminbestimmung, Terminverlegung, StraFo. 1998 84; *Neuhaus* Kriminaltechnik für den Strafverteidiger – Eine Einführung in die Grundlagen, StraFo. 2001 8 ff, 115 ff, 406 ff; *Niemöller* Rechtsmißbrauch im Strafprozeß, StV 1996 501; *Ostendorf* Strafvereitelung durch Strafverteidigung, NJW 1978 1345; *Ostendorf* Verteidigung am Scheideweg (Anmerkung zum Groenewold-Urteil), JZ 1979 252; *Ostendorf* Verteidigung im dritten Reich, StV 1983 121; *Ostendorf* Zum Verhältnis Staatsanwaltschaft-Strafverteidigung, DRiZ 1993 197; *Ostler* Die deutschen Rechtsanwälte 1871–1971 (1971); *Ott* Mehr Rechtsstaatlichkeit mit weniger Rechten des Verteidigers? Zur Einschränkung der Rechte des Verteidigers und des Angeklagten, Vorgänge 13 1975 5; *Paul* Anwaltsberuf im Wandel – Rechtspflegeorgan oder Dienstleistungsgewerbe? in: Arbeiten zur Rechtsvergleichung (1982) 111; *Paulus* Dogmatik der Verteidigung, NSTZ 1992 305; *Perron* Das Beweisantragsrecht des Beschuldigten, ZStW 108 (1996) 128; *Peters* Justizgewährungspflicht und Abblocken von Verteidigungsvorbringen, FS Dünnebieber 53; *Pfeiffer* Zulässiges und unzulässiges Verteidigerhandeln, DRiZ 1984 342; *Pieth* Strafverteidigung – wozu? Standpunkte kontrovers 4 1986; *Preuß* Verteidiger vor Gericht, in: Holtfort (Hrsg.) Strafverteidiger als Interessenvertreter (1979) 48; *Prittowitz* Strafbare Obstruktion der Rechtspflege durch den Angeklagten? StV 1995 270; *Prittowitz* Waffengleichheit im Ermittlungsverfahren – zu teuer bezahlt mit der „Entleerung“ der Hauptverhandlung? FS Bemmann 596; *Quack* Sinn und Grenzen anwaltlicher Unabhängigkeit heute, NJW 1975 1337; *Quedenfeld* Beweisantrag und Verteidigung in den Abschnitten des Strafverfahrens bis zum erstinstanzlichen Urteil, FS II Peters 215; *Randerath* Die Problematik der Strafvereitelung als Erfolgsdelikt, Diss. Köln 1990; *Redeker* Freiheit der Advokatur – heute, NJW 1987 2610; *Redeker* Rechtsanwaltschaft zwischen 1945 und 1995, NJW 1995 1241; *Reichel* Der Anwalt – Organ der Rechtspflege oder Interessenvertreter? ZRP 1982 83; *Remagen-Kemmerling* Der Ausschluß des Strafverteidigers in Theorie und Praxis (1992); *Richter II* Grenzen anwaltlicher Interessenvertretung im Ermittlungsverfahren, NJW 1981 1820; *Richter II* Sockelverteidigung, NJW 1993 2152; *Rick* Die verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts, 1998; *Rieß* Gesetz zur Änderung der Strafprozeßordnung vom 14. 4. 1978 und Strafverfahrensänderungsgesetz 1979, NSTZ 1981 215; *Rieß* Gesamtreform des Strafverfahrensrechts – eine lösbare Aufgabe? ZRP 1977 67; *Rieß* Pflichtverteidigung – Zwangsverteidigung – Ersatzverteidigung, Reform der notwendigen Verteidigung, StV 1981 460; *Rieß* Reflexionen zur Lage der Strafjustiz, NSTZ 1994 409; *Rissel* Die verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts, insbesondere in seiner Funktion als Verteidiger im Strafverfahren, Diss. Marburg 1980; *Römer* Pflichtverteidiger neben Wahlverteidiger? ZRP 1977 92; *Römermann* Anwaltliche Berufsordnung, NJW 1998 2249; *Ropohl* Der Zwangsverteidiger, Diss. Hannover 1983; *Roesen* Exklusivität des Verteidigers, AnwBl. 1975 132; *Roesen* Die Stellung des Vorsitzenden in der Hauptverhandlung, NJW 1958 977; *Rösmann* Mitwirkung des Verteidigers an der Rekonstruktion in Verlust geratener Straf-(Ermittlungs-)Akten aus standesrechtlicher Sicht, NSTZ 1983 446; *Rosenkaymer* Täterschaft und Teilnahme bei der Strafvereitelung (§ 258 StGB), Diss. Bochum 1988; *Roxin* Das Zeugnisverweigerungsrecht des Syndikusanwalts, NJW 1992 1129; *Roxin* Gegenwart und Zukunft der Verteidigung im rechtsstaatlichen Strafverfahren, FS Hanack (1999) 1; *Rudolph* Die jüngsten Änderungen des Strafprozeßrechts und Probleme der Pflichtverteidigung, FS Schmidt-Leichner 159; *Rudolphi* Notwendigkeit und Grenzen einer Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes im Kampf gegen den Terrorismus, ZRP 1979 214; *Rudolphi* Verteidigerhandeln als Unterstützung einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung i. S. d. §§ 129, 129a StGB, FS Bruns 315; *Rückel* Die Notwendigkeit eigener Ermittlungen des Strafverteidigers, FS II Peters 265; *Rückel*

Verteidigertaktik bei Verständigung und Vereinbarungen im Strafverfahren, *NStZ* 1987 297; *Rückel* Strafverteidigung und Zeugenbeweis (1988); *Rühmann* Anwaltsverfolgung in der Bundesrepublik 1971–1976 (1977); *Rüping* Der Mißbrauchsgedanke im Strafprozeßrecht und sein Mißbrauch, *JZ* 1997 865; *Rüther* Strafverteidigung von Ausländern (1999); *Sack* Strafrecht und Kriminalität in einer freiheitlichen Gesellschaft – einige Folgerungen für das Verhältnis Rechtsanwalt und Mandant, in: *Holtfort* (Hrsg.) *Strafverteidiger als Interessenvertreter* (1979) 132; *Rzepka* Zur Fairneß im deutschen Strafverfahren (2000); *Salditt* Der Fall Bülow – Bericht über eine Strafverteidigung in den USA, *StV* 1988 75; *Salditt* Verteidigung in der Hauptverhandlung, *StV* 1993 442; *Salditt* Das Interesse an der Lüge, *StV* 1999 61; *Salditt* Das Mandanteninteresse, in: *Egon Müller-Symposion* (2000) 24; *Salditt* Die Wahrheit von Macht und Gegenmacht, Referat beim Strafverteidigertag 2000; *Salditt* Grauzonen anwaltlicher Tätigkeit, kasuistisch betrachtet, *BRAK-Mitt.* 2001 150; *Sandermann* Waffengleichheit im Strafprozeß, Diss. Köln 1975; *Sarstedt* Die Situation des Strafprozesses: Richter, Strafverteidiger, Staatsanwalt, in: *Richter – Rechtsanwalt – Staatsanwalt, Selbstverständnis und gegenseitiges Verständnis*, Tagung vom 6. bis 8. Oktober 1978 in Bad Boll, Protokolldienst 1978 15; *H. C. Schaefer* Alarmzeichen für den Strafverteidiger, *NJW* 1995 1723; *H. C. Schaefer/Wittig* Geldwäsche und Strafverteidiger, *NJW* 2000 1388; *G. Schäfer* Zum Schutz der Verteidigung gegen Zugriffe der Strafverfolgungsorgane, *FS Hanack* (1999) 77; *G. Schäfer* Die zivilrechtliche Haftung des Strafverteidigers, in: *Egon Müller-Symposion* (2000) 63; *Schiller* Unzulässige Einschränkungen des Anwaltsprivilegs bei der Beschlagnahme? *StV* 1985 169; *Schily* Antrag zur Einstellung des Verfahrens in Stammheim, in: *Dreßen* (Hrsg.) *Politische Prozesse ohne Verteidigung* (1976) 57; *Schautz* Strafrechtliche Grenzen des Verteidigerhandelns (1988); *Scheffler* Strafvereitelung und die Grenzen des Zeugnisverweigerungsrechts des Verteidigers, *StV* 1992 299; *Scheffler* Kurzer Prozeß mit rechtsstaatlichen Grundsätzen, *NJW* 1994 2191; *Scheffler* Strafprozeßrecht, quo vadis? *GA* 1995 449; *Schlothauer* Vorbereitung der Hauptverhandlung<sup>2</sup> (1998); *Schlothauer* Die Bedeutung des materiellen Strafrechts für die Verteidigung in Untersuchungshaft-fällen, *StV* 1996 391; *Schlothauer/Weider* Untersuchungshaft<sup>3</sup> (2000); *Schlüchter* Beschleunigung des Strafprozesses und insbesondere der Hauptverhandlung ohne Rechtsstaatsverlust, *GA* 1994 397; *Schmidt* Zur Problematik der Entziehung der Verteidigerbefugnis, *NJW* 1973 1753; *Schmidt* Rechte und Pflichten, Funktionen und Konflikte des Strafverteidigers, *JZ* 1969 316; *Jens Schmidt* Verteidigung von Ausländern (2002); *Schmidt-Hieber* Verständigung im Strafverfahren (1986); *Schnarr* Das Schicksal der Vollmacht nach Beiordnung des gewählten Verteidigers, *NStZ* 1986 488; *P. Schneider* Das Leitbild des Rechtsanwalts im Grundgesetz, in: *Holtfort* (Hrsg.) *Strafverteidiger als Interessenvertreter* (1979) 26; *Schneider* Der Anwalt als Rechtshelfer sozialer Gegenmacht, *RuP* 1976 119; *Schneider* Der Rechtsanwalt ein unabhängiges Organ der Rechtspflege (1976); *H. Schneider* Kann ein Strafverteidiger durch Nichterscheinen in der Hauptverhandlung eine strafbare (versuchte) Strafvereitelung begehen? *Jura* 1989 343; *Schorn* Die Rechtsstellung des Beschuldigten und seines Verteidigers nach dem Strafprozeßänderungsgesetz, *NJW* 1965 713; *Schorn* Der Strafverteidiger (1966); *Schröter* Der Hochschullehrer als Strafverteidiger, Diss. Regensburg 1987; *Schueler* Anwalt als Watschenmann. Terroristenprozesse verführen zur Laxheit des Rechtsbewußtseins, *AnwBl.* 1978 218; *Lorenz Schulz* Normiertes Mißtrauen. Der Verdacht im Strafverfahren (2001); *J. Schulz* Die Erosion des Beweisantragsrechts, *StV* 1991 354; *Schünemann* Hände weg von der kontradiktorischen Struktur der Hauptverhandlung! *StV* 1993 607; *Seibert* Konfliktlage für Anwalt und Verteidiger, *JR* 1951 678; *Seier* Die Trennlinie zwischen zulässiger Verteidigungstätigkeit und Strafvereitelung, *NStZ* 1981 144; *Semrau/Kubink/Walter* Verteidigung junger Beschuldiger, *MSchrKrim* 78 (1995) 34; *Serke* Strafverteidiger in Deutschland (1976); *Sieg* Cave defensorum oder Hüte Dich vor Deinem Verteidiger, *StV* 1987 415; *Sinner* Die Gebühren des Verteidigers bei Absprachen im Strafverfahren, *ZRP* 2000 6711; *Spaniol* Das Recht auf Verteidigerbeistand im Grundgesetz und in der Europäischen Menschenrechtskonvention (1990); *Späth* Die Beschleunigung des Strafverfahrens, *DRiZ* 1995 220; *Spendel* Zur Vollmacht und Rechtsstellung des Strafverteidigers, *JZ* 1959 737; *Stahl* Der Steueranwalt und die Kooperation mit dem Strafverteidiger, *AnwBl.* 1997 591; *Stellungnahme* (Arbeitspapier) zum Gesetzentwurf des Arbeitskreises Strafprozeßreform: Die Verteidigung, vorgelegt vom Strafrechtsausschuß der Bundesrechtsanwaltskammer durch Lantzke, Egon Müller, Wähle, München (1984); *v. Stetten* Die Sperrwirkung des § 258 StGB im Rahmen der Tätigkeit eines Strafverteidigers, *StV* 1995 606; *Strafrechtsausschuß der BRAK* Thesen zur Strafverteidigung (1992); *Streck/Rainer* Hinweise zur Verteidigungspraxis, Steuer-

kontrolle 1982 147; *Strate* Der Verteidiger in der Wiederaufnahme, StV 1999 228; *Stree* Begünstigung und Strafvereitelung und Hehlerei, JuS 1976 137; *Ströbele* Verteidiger im Verfahren gegen die RAF, in: Dreßen (Hrsg.) Politische Prozesse ohne Verteidiger (1976) 41; *Strzyc* Die Abgrenzung von Strafverteidigung und Strafvereitelung (1983); *Stumpf* Die Strafbarkeit des Strafverteidigers wegen Strafvereitelung (§ 258 StGB) (1999); *Stumpf* Gibt es im materiellen Strafrecht ein Verteidigerprivileg? NStZ 1997 7; *Temming* Der Verteidiger als (modifiziertes) Organ der Rechtspflege, StV 1982 539; *Tondorf* Grenzen der Verteidigung in Vergewaltigungsprozessen, StV 1988 500; *Tondorf* Neue kriminaltechnische Entwicklungen, StV 1993 39; *Ulsenheimer* Zur Regelung des Verteidigerausschlusses in §§ 138a–d, 146 n. F. StPO, GA 1975 115; *Untersuchung des Bundesministers der Justiz* Die Rechtsstellung des Verteidigers im Strafverfahren – ein europäischer Vergleich (1977/78); *Vargha* Die Verteidigung in Strafsachen (1879); *Vehling* Die Funktion des Verteidigers im Strafverfahren, StV 1992 86; *Ventzke* Die Widerspruchslösung des Bundesgerichtshofs, StV 1997 543; *Volckart* Verteidigung in der Strafvollstreckung und im Vollzug<sup>3</sup> (2001); *Vogel* Strafverfahrensrecht und Terrorismus – eine Bilanz, NJW 1978 1217; *Vogt* Berufstypisches Verhalten und Grenzen der Strafbarkeit im Rahmen der Strafvereitelung (1992); *Vogtherr* Rechtswirklichkeit und Effizienz der Strafverteidigung (1991); *Wächtler* Stephan Barton, Mindeststandards der Strafverteidigung (Buchbesprechung), StV 1997 111; *Wagner* Verteidiger im Zwielicht? AnwBl. 1975 1; *Wahle* Gedanken zur Beziehung von Mandant und Verteidiger, FS Hanack (1999) 105; *Wahle* (Redaktion) Mandant und Verteidiger, Egon Müller-Symposium (2000); *Waldhorn* Das Verhältnis von Strafverteidigung und Begünstigung, Diss. Würzburg 1967; *Waldowski* Verteidiger als Helfer des Staatsanwalts, NStZ 1984 448; *Wasserburg*: Barton Mindeststandards der Strafverteidigung (Buchbesprechung), GA 1996 398; *Wassermann* Von der Schwierigkeit, Strafverfahren in angemessener Zeit durch Urteil abzuschließen, NJW 1994 1106; *Wassermann* Stuttgarter Extremistenprozeß geplatzt, NJW 1994 1708; *Wassermann* Hausgemachte Probleme? NJW 1994 2196; *Wassmann* Strafverteidigung und Strafvereitelung, Diss. Hamburg 1982; *Weigel* Der Anwalt – Organ der Rechtspflege oder Interessenvertreter? ZRP 1982 184; *Weihrauch* Verteidigung im Ermittlungsverfahren<sup>5</sup> (1997); *Weihrauch* Die Zukunftsperspektive der Strafverteidigung im Blick auf das beginnende Jahrhundert, BRAK-Mitt. 2000 155; *Weiß* „Mißbrauch“ von Anwaltsrechten zur „Prozeßsabotage“? AnwBl. 1981 321; *Weiß* Die „Verteidigervollmacht“ – ein tückischer Sprachgebrauch, NJW 1983 89; *Weißler* Geschichte der Rechtsanwaltschaft (1905); *Welp* Die Geheimsphäre des Verteidigers in ihren strafprozessualen Funktionen, FS Gallas 391; *Welp* Die Rechtsstellung des Strafverteidigers, ZStW 90 (1978) 804; *Welp* Der Verteidiger als Anwalt des Vertrauens, ZStW 90 (1978) 101; *Welp* Die Verteidigung. Bericht über einen Gesetzentwurf des Arbeitskreises Strafprozeßreform, DuR 1980 39; *Welp* Verteidigung und Überwachung (2001), *Wernet* Der Strafverteidiger, sein Klient und das Recht, Diss. Frankfurt (Mikrofiche 1995); *Wesemann* Heimliche Ermittlungsmethoden und Interventionsmöglichkeiten der Verteidigung, StV 1997 597; *Wesemann* Beanstandungs- und Erklärungsrechte zur Schaffung von Freiräumen für die Verteidigung, StraFo. 2001 293; *Westphalen* Möglichkeiten der Beschränkung und Konzentration der Haftung für Rechtsanwälte, WiB 1997 1217; *Wetterich* Der Strafverteidiger im Ermittlungsverfahren, Erfahrungen und Vorstellungen der Ermittlungsbehörden, Schriftenreihe der Polizei-Führungsakademie 1977 70; *Widmaier* Mitwirkungspflicht des Verteidigers in der Hauptverhandlung und Rügeverlust (?), NStZ 1992 519; *Widmaier* Kritische Gedanken zur diskutierten Reform des Beweisantrags- und Revisionsrechts, NStZ 1994 414; *Widmaier* Strafverteidigung im strafrechtlichen Risiko, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, FG aus der Wissenschaft (2000) 1043; v. *Winterfeld* Staatsschutz und Rechtsstaat im Konfliktfeld des Verteidigers, FS Schmidt-Leichner 219; v. *Winterfeld* Die Verteidigung. Standort, Leitidee und Reformbild, FS zur 150-Jahr-Feier des Rechtsanwaltsvereins Hannover (1981) 306; v. *Winterfeld* Ausbau der Rechte der Verteidigung im europäischen Gemeinschaftsrecht, BRAK-Mitt. 1983 4; *Wohlers* Strafverteidigung vor den Schranken der Strafgerichtsbarkeit, StV 2001 420; *G. Wolf* Das System des Rechts der Strafverteidigung (2000); *Wünsch* Richterprivileg – Verteidigerprivileg, StV 1997 45; *Zieger* Verteidigung in Jugendstrafsachen<sup>3</sup> (1998); *Ziegert* (Hrsg.) Grundlagen der Strafverteidigung (2000); *Zuck* Die notwendige Reform des anwaltlichen Berufs- und Standesrechts, NJW 1988 175; *Zuck* BORA und FAO, MDR 1997 325; *Zuck*, Die anwaltliche Berufsgerichtsbarkeit, ZRP 1997 276; *Zuck* Das innere Berufsbild: Hürde oder Hilfe für das anwaltliche Selbstverständnis? Mitt. RAK Köln 1999 89; *Zutt* Unmodernes, Modernes, Postmodernes, FS Rowedder (1994) 605; *Zwiehoff* Haftung des Strafverteidigers? StV 1999 555.



Übersicht

	Rdn.		Rdn.
<b>A. Grundlagen</b>		e) Der Verteidiger als Beistand des Beschuldigten . . . . .	108
<b>I. Das Problem. Die Aufgaben einer geschlossenen Dogmatik des elften Abschnitts der StPO</b> . . . . .	1	<b>II. Zu speziellen Problemen der Verteidigerstellung</b> . . . . .	110
<b>II. Zur Geschichte der Strafverteidigung</b> . . . . .	5	1. Rechte des Verteidigers . . . . .	111
<b>III. Das Verhältnis von Staat und Gesellschaft als Basis für die rechtliche Stellung des Strafverteidigers in Gegenwart und Zukunft</b> . . . . .	28	a) Die Rechte nach ihrem sachlichen Gehalt . . . . .	
<b>B. Folgerungen</b>		aa) Zum allgemeinen Handlungsspielraum des Verteidigers . . . . .	112
<b>I. Die Bedeutung der Beschränkung strafprozessualer Aufklärungspflicht und Justizgewährung auf die staatlichen Strafverfolgungsorgane für die Stellung des Verteidigers im allgemeinen</b> . . . . .	33	(1) Die den Beschuldigten wie den Verteidiger treffenden Strafgesetze . . . . .	114
1. Das Vertragsprinzip . . . . .	33	(2) Den Beschuldigten nicht treffende Strafgesetze . . . . .	119
a) Allgemeines . . . . .	34	bb) Einzelne Verteidigerhandlungen und -rechte . . . . .	139
b) Haftung . . . . .	44	b) Folgen bei Überschreitung der Rechte . . . . .	158
c) Weisungen . . . . .	50	c) Reformpläne . . . . .	158a
d) Vertragsprinzip und Pflichtverteidigung . . . . .	66	2. Pflichten des Verteidigers . . . . .	
e) Vertrag, Vollmacht, Prozeßhandlung . . . . .	79	a) Die Pflichten nach ihrem sachlichen Gehalt . . . . .	159
2. Abweichende Auffassungen . . . . .		b) Folgen der Pflichtverletzung . . . . .	171
a) Der Verteidiger als Organ der Rechtspflege . . . . .	89	<b>III. Rechtsbehelfe</b> . . . . .	
b) Der Verteidiger als ein Stück sozialer Gegenmacht . . . . .	104	1. Beschwerde . . . . .	173
c) Begründung der Stellung des Verteidigers aus seiner „Berufsrolle“ . . . . .	105	2. Antrag auf gerichtliche Entscheidung . . . . .	174
d) Der Verteidiger als Vertreter des Beschuldigten . . . . .	106	3. Berufung . . . . .	175
		4. Revision . . . . .	176
		a) Absolute Revisionsgründe . . . . .	176
		b) Relative Revisionsgründe . . . . .	177
		5. Rechtsmittel im Falle des Ausschlusses eines Verteidigers . . . . .	178
		6. Verwirkungen (mit Blick auf den jeweiligen Wegfall der Beschwerde) . . . . .	179

Alphabetische Übersicht

	Rdn.		Rdn.
Berufsordnung der Rechtsanwälte	43 ff, 72, 102 ff	Prozeßhandlungen	79 ff, 137a
Berufstypisches Verhalten	137a	Prozeßrecht, Quelle für die Stellung des Verteidigers	137a
Beschuldigter (s. Mandant)		Prozeßvollmacht	86 ff
Freie Advokatur	101, 24 ff	Rechtsanwaltsordnung	95, 97, 102 ff
„Konfliktverteidigung“	39 ff, 165 ff	Rechtsbehelfe	172 ff
Mandant		Berufung	175
Dominanz	155	Beschwerde	173
Entmündigung	133k	Gerichtliche Entscheidung	174
Interesse	73	Revision	176 ff
Minimum an eigenverantwortlicher Wahrheitspflicht	165	Verwirkungen	179
Wahrheitspflicht	136	Staat und Gesellschaft	28 ff
Mutmaßlicher Parteiwille	42	Strafgesetze	114 ff, 115 ff, 119 ff, 168
Partnerschaftsgesellschaften	103	Strafverteidiger GmbH	103

	Rdn.		Rdn.
Strafverteidigung, tatbestandsein-schränkende Funktion	115a	Staatliche gebundener Vertrauens-beruf	94
Verteidiger		Stellung	1
Akteneinsichtsrecht	143	Strafvereitelung	120 ff
Allgemeiner Handlungsspielraum	112	Unabhängiger Beistand	105a, 108 ff
Berufsrolle als Fundament seiner Stellung	105, 105c ff	Unabhängigkeit	19
Beweiserleichterung für Haftung	48e	verfassungsrechtliche Stellung des Vertreters der Beschuldigten	2
Freiheit der Berufsausübung	98	Wahrheitspflicht	1, 133 f, 170 f
Geschichte	5 f	Vertragsprinzip	33 ff, 79 ff
Gesellschaftlich-berufsrechtliche Reputation	102 f	Anbahnung	55 f
Haftung, zivilrechtliche	44 ff	Aufgezwungene Verteidigung	77
Honorar und Geldwäsche	116, 116a ff	Aufgezwungenes Vertragsver-hältnis	48g f
Mißbrauchs- oder Obstruktions-klausel	165	Dienstvertrag	35 ff
Nachweis der Kausalität für Haftung	48 ff	Eigenverantwortlicher Entschei-dungsspielraum	60 f
Obrigkeitliche Fürsorge für Partei-lichkeit	25	Geschäftsbesorgung	35 f
Öffentlich-rechtliche Komponente	72a ff, 27 f, 78, 100, 141	Grenzen	36 ff, 162 ff
Organ der Rechtspflege	89 f	Pflichtverteidigung	48h f, 67 ff
Parteilichkeit	24	Unabhängigkeit des Verteidigers und Prozeßkostenhilfe	62 f, 75
Persönlicher Verkehr mit dem Beschuldigten	144	Weisungen	50 f
Pflichten	159 ff	Verteidigerhandlungen	
Schadensersatzpflicht	1	Absprachen	141
Schweigerecht	145	Eigene Ermittlungen	139
Soziale Gegenmacht	104	Erklärungsrechte	157a
		Vollmacht	77, 82 ff
		Vorstaatliche Freiheitssphäre des Bürgers und parteiliche Verteidigung	30 ff

## A. Grundlagen

### I. Das Problem. Die Aufgaben einer geschlossenen Dogmatik des elften Abschnitts der StPO

- 1 Über die **Stellung des Verteidigers** im System der Strafrechtspflege besteht trotz der Intensivierung der Debatte über den „neuen Strafverteidigertyp“<sup>1</sup> in den neunziger Jahren immer noch keine Einigkeit. Die zahlreichen legislatorischen Eingriffe, die der Abschnitt „Verteidigung“ in den 70er Jahren erfahren hat, und die Veränderungen, die aufgrund eines gewandelten Berufsbildes<sup>2</sup> in der praktischen Arbeit der Verteidiger zu beobachten sind, schärfen zunehmend den Blick dafür, daß die Funktion der Verteidigung, obwohl (oder gerade weil) mit der politischen Durchsetzung der freien Advokatur ihr gesell-

<sup>1</sup> Zuerst bei *Hanack ZStW 93* (1981) 560; vgl. im übrigen *Fezer StV 1995* 263; *Wächtler StV 1990* 138; *Gatzweiler FS Koch* 102; *Prittowitz FS Bemmann* 601; *Jahn* (Konfliktverteidigung) 206 ff; zur „Strafverteidigung im Spiegel der Rechtsstatsachenforschung“ *AK-Stern Vor § 137*, 91 ff.

<sup>2</sup> *Hartung MDR 1999* 1301; *Steinbrück NJW 1997* 1266; *Andreas Krämer NJW 1996* 2354; *Streck AnwBl. 1996* 57 ff; *Redeker NJW 1995* 1244; *Ostler NJW 1987* 289.

schaftliches Ansehen seinerzeit sprunghaft gestiegen ist, unklar bleibt. Die Debatte ist durch neue Konflikte lebhafter geworden. Sie muß zu einem Ende geführt werden, weil nur dann auch im Detail klare Optionen ausgesprochen werden können. Bei den neuen Konflikten handelt es sich vor allem um spektakuläre Fälle einer möglichen Verletzung der **Wahrheitspflicht** des Verteidigers, ferner um das Problem der Entgegennahme von Honoraren, die formell den Straftatbestand der Geldwäsche erfüllen, und schließlich um die allmähliche Zunahme von Zivilprozessen, in denen Verteidiger wegen schlechter Prozeßführung auf **Schadensersatz** verklagt werden<sup>3</sup>. Die Position der Verteidigung zwischen Justiz und Beschuldigtem ist in dem Maße rechtlich ungesichert, wie die Berufung auf den erreichten – primär berufsständisch begriffenen – Status die Frage nach der exakten Rechtsgrundlage abgeschnitten hat. Das **Selbstverständnis** der Verteidiger ist insofern, bis in die Gegenwart, auf ähnliche Weise „unjuristisch“<sup>4</sup> wie das der Ärzte, die den Forderungen der Juristen ihre Standesethik entgegenhalten. Darunter leidet die nicht endende Diskussion über die „Stellung des Strafverteidigers“ ganz erheblich; sie kann nicht leisten, was sie will und soll: eine verlässliche Grundlage schaffen für die Begründung vieler, nicht ohne weiteres aus den Einzelregelungen ableitbarer Entscheidungen. Neben die Verfeinerung der traditionellen Argumentationslinien der sog. „Organtheorie“, für die vor allem die Arbeiten von *Beulke*<sup>5</sup> stehen, tritt die Tendenz, die Rechtsstellung des Verteidigers entweder direkt aus dem Verfassungsrecht<sup>6</sup> oder aus der Struktur des Strafverfahrens<sup>7</sup> abzuleiten. Das Bedürfnis nach festen Grundlagen ist unabweisbar und entfaltet sich vornehmlich nach drei Seiten.

Die seit *Eberhard Schmidts* Appell<sup>8</sup> kontinuierlich voranschreitende Einbindung des Strafprozeßrechts in ein konkretisierende Konsequenzen forderndes Verfassungsrecht<sup>9</sup> gebietet, an die Stelle unscharfer, an Rolle und Status orientierter Sozialnormen **eindeutige Rechtsnormen** zu setzen. Die **verfassungsrechtliche Stellung des Anwalts** ist daher seit dem Wegfall der Richtlinien zur anwaltlichen Berufsausübung durch die bahnbrechenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts<sup>10</sup> ein zentrales Thema geworden<sup>11</sup>. Hinzu tritt, als eine weitere, sich noch nicht ganz deutlich abzeichnende Entwicklungslinie, die **Europäisierung des gesamten Strafverfahrensrechts**<sup>12</sup> und die Öffnung des Anwaltsmarktes für EU-Anwälte<sup>13</sup>.

Mit den Bemühungen um Rücknahme oder Relativierung der in der kleinen Strafprozeßreform<sup>14</sup> erreichten Stärkung der Verteidigerposition setzt eine Gesetzgebung ein, welche die Handlungsspielräume der Verteidigung unter dem Einfluß der generellen

<sup>3</sup> Vgl. den Überblick bei *Lüderssen* FS Walto.

<sup>4</sup> Bezeichnend die Definition bei *Jungfer* StV 1983 393.

<sup>5</sup> *Beulke* (Verteidiger) 95 ff; JR 1994 117; NStZ 1983 504. Ihm folgen OLG Frankfurt NStZ 1981 145; *Dornach* 91 ff; NStZ 1995 61; *Ntina-Arapidou* 146 ff; *Rückel* Rdn. 27; nahestehend auch der *Strafrechtsausschuß der BRAK* Thesen zur Strafverteidigung 23 ff; LR-*Rieß* Einl. I 109 ff; abl. *Stumpf* 23 ff; *Jahn* (Konfliktverteidigung) 325; *Stryz* 198 ff; *Heinicke* 326; *Lamberti* 122.

<sup>6</sup> *Hamm* NJW 1993 293; *StraFo* 1993 42.

<sup>7</sup> *Welp* ZStW 90 (1978) 807; ZStW 90 (1978) 119. Daran anschließend *Jahn* (Konfliktverteidigung) 124 ff.

<sup>8</sup> „StPO und GVG bekommen als Ausführungsgesetze des Bonner Grundgesetzes überhaupt erst ihren politischen Sinn“, *Eb. Schmidt* I 4.

<sup>9</sup> *Lagodny* StV 1996 167; *Wolter* NStZ 1993 4; *Paulus* NStZ 1992 306; NK-StGB-*Hassemer* Vor § 1, 344.

<sup>10</sup> BVerfGE 76 171; 76 179; speziell zur Strafverteidigung BVerfG NJW 1996 3276 mit abl. Anm. *Foth* NStZ 1997 36; zust. *Jahn* NStZ 1998 391.

<sup>11</sup> *Bernsmann* StraFo. 1999 228; *Krämer* NJW 1995 2313; *Mayen* NJW 1995 2317; *Jahn* (Konfliktverteidigung) 155 ff.

<sup>12</sup> Zum verfahrensrechtlichen Teil der Entwürfe eines *Corpus Juris* vgl. *Kühne*<sup>5</sup> § 3, 63 ff; *Ruegenberg* ZStW 112 (2000) 277 ff.

<sup>13</sup> *Klein* AnwBl. 2000 190; *Wehrauch* BRAK-Mitt. 2000 255 f.

<sup>14</sup> StPÄG 1964.

Diskussionen über die „Krise des Strafverfahrens“ ständig hin und her schiebt<sup>15</sup>. Hier muß die **Dogmatik** der Vorschriften der StPO über die Strafverteidigung  *feste Punkte, unübersteigbare Barrieren* schaffen.

- 4 Eine Arbeitskonzeption der Verteidigung, die bestimmt ist durch ein **neues Berufsverständnis** und – das ist ein wechselseitiger Einfluß – auf diesen Bereich des Gemeinschaftslebens bezogenes wachsendes Interesse gesellschaftlicher Gruppen und politischer Theorien, verlangt nach *umfassender* – nicht auf isolierte Interpretation von Vorschriften beschränkte – *Legitimation* durch Rechtssätze. Diese Aufgabe kann nicht losgelöst bewältigt werden von der

## II. Geschichte der Strafverteidigung

- 5 Sie ist eng verknüpft mit der allgemeinen Geschichte des materiellen und prozessualen Strafrechts, die hier nicht im einzelnen nachgezeichnet werden kann. Aber die Strukturen der für die Strafverteidigung relevanten Entwicklung müssen sichtbar gemacht werden. Man kann im wesentlichen drei Phasen, die sich – streckenweise ineinander übergehend – abgelöst haben, unterscheiden.
- 6 Am Anfang steht ein *privates*, die Strafzwecke der Vergeltung und Sühne nur als Kompensation eines individuellen Schadens begreifendes Strafrecht, das in der Regel in Verfahren durchgesetzt wird, die von der Verhandlungsmaxime beherrscht sind, das heißt, es geht nicht um die „Erforschung materieller Wahrheit, sondern vielmehr um die Frage, welche Partei die (...) glaubwürdigeren Behauptungen aufstellt“<sup>16</sup>. Der Beschuldigte hat einen „**Vorsprecher**“, der mit dem „Vorsprecher“ des Klägers auf derselben Stufe steht<sup>17</sup>. Das ist die Situation im Europa des frühen Mittelalters.
- 7 Erst im Hochmittelalter (in den Städten früher, auf dem Lande später) beginnt sich das **öffentliche Strafrecht** auszubilden<sup>18</sup>; der Strafanspruch wird im Namen der Allgemeinheit erhoben, löst sich von der Initiative des Verletzten. Der Beschuldigte in einem solchen Prozeß sieht sich einer Macht gegenüber, die mit dem, was der Verletzte aufbieten kann, um gegen den Schädiger seine Interessen zu behaupten, nicht verglichen werden kann. Daraus müßte eigentlich folgen, daß der Beistand des Beschuldigten eine stärkere Stellung erhält. Dazu kommt es aber erst sehr viel später. Das hängt mit den **Gründen** für die Entstehung des öffentlichen Strafanspruchs zusammen. Sie treten am sichtbarsten in der Ablösung des Parteienprozesses durch den Inquisitionsprozeß in Erscheinung. Inquiriert werden soll die Wahrheit. Der Beschuldigte ist der Inquisit, Objekt der Untersuchung. Für seine **Verteidigung** durch einen seine Partei nehmenden Verteidiger ist kein Raum. Das Gericht verantwortet alles selbst<sup>19</sup>. Gleichwohl fehlt der Verteidiger im Inquisitionsprozeß nicht ganz<sup>20</sup>. Aber ohne Zweifel handelt es sich dabei um eine Inkonsequenz. Dem entspricht die faktische Bedeutungslosigkeit des Verteidigers.

<sup>15</sup> Vgl. dazu einerseits *Nehml/Senge* NSTZ 1998 380 ff.; *Malmendier* NJW 1997 235; *Bertram* ZRP 1996 48; *Caesar* RuP 1994 131; *Kintzi* DRiZ 1994 325; *Berg* DRiZ 1994 382 und andererseits *Bernsmann* ZRP 1994 331; *Herzog* StV 1994 168; *Rieß* NSTZ 1994 411; *Widmaier* NSTZ 1994 414.

<sup>16</sup> *Vargha* 132.

<sup>17</sup> *Armbrüster* 21 ff.

<sup>18</sup> Dieser Prozeß ist, sowohl was seine Struktur angeht, wie den zeitlichen Verlauf, umstrittener denn je (vgl. dazu die aus dem einschlägigen Forschungs-

schwerpunkt der Deutschen Forschungsgemeinschaft seit 1998 allmählich hervorgehenden Arbeiten in der Reihe: *Lüderssen/Schreiner/Sprandel Willoweit* (Hrsg.) Konflikte, Verbrechen und Sanktion in der Gesellschaft Alt-Europas; zuletzt *Lüderssen* (Hrsg.) Die Durchsetzung des öffentlichen Strafanspruchs (2002).

<sup>19</sup> *Armbrüster* 55; *Sax* in: Die Grundrechte III/2, 968.

<sup>20</sup> *Armbrüster* 45 ff sowie die ausführliche Fallstudie von *Falk* 281 ff.

Daß die Entwicklung diesen Verlauf nimmt, hat mehrere **Gründe**<sup>21</sup>.

In erster Linie wird auf die tiefgreifenden **sozialen Veränderungen** verwiesen, die zu einem Ansteigen der Kriminalität führen<sup>22</sup>.

Ferner heißt es, daß man dem Vorbild des **kanonischen Prozesses** gefolgt sei, der seine Wurzeln im späten römischen Recht habe<sup>23</sup> (während im antiken römischen Recht sich kein Inquisitionsverfahren finde<sup>24</sup>) und in den oberitalienischen Städten zuerst rezipiert worden sei<sup>25</sup> (nachdem mit dem Verfall der germanischen Nachfolgestaaten die genuin römischen Elemente in den Hintergrund getreten seien<sup>26</sup>).

Unbestritten ist jedenfalls, daß an die Stelle des Ausgleichs für das Opfer die **Disziplinierung** der Schädiger tritt als ein Gebot der um ihren Ausbau und Stabilisierung bemühten, teils sich zentral, teils regional etablierenden Herrschaft<sup>27</sup>. Sie ist an allgemeiner politischer Loyalität interessiert; die Verfolgung von Rechtsgutsverletzungen dient nur diesem Ziel<sup>28</sup>. Wieviel Eigendynamik in der Herausbildung dieser Herrschaft liegt, ist wiederum fraglich. Jedenfalls ist der kirchliche Einfluß groß. Die Kirche sucht die weltliche Unterstützung im Kampf gegen die beginnenden Ketzerbewegungen<sup>29</sup>. Diese **Realfaktoren** werden begleitet<sup>30</sup> oder sogar gelenkt von der Idee, die **Verantwortlichkeit** des einzelnen zu fixieren<sup>31</sup>. Daß diese Verantwortlichkeit nicht nur vor Gott, sondern auch vor der weltlichen Obrigkeit bestehen soll, ist das Neue<sup>32</sup>. Sühne und Vergeltung

<sup>21</sup> Zur Literatur vgl. zunächst den Hinweis in Fußn. 18.

<sup>22</sup> Genauer mit weiterführenden Belegen *Lüderssen* (Krise) Fußn. 64 bis 68; Überblicke ferner bei *Wadle* Die Entstehung der öffentlichen Strafe – Klassische Vorstellungen und neue Fragen, in: *Jung/Müller-Dietz/Neumann* (Hrsg.) Perspektiven der Strafrechtsentwicklung (1996) 9; *Jerouschek* Die Herausbildung des peinlichen Inquisitionsprozesses im Spätmittelalter und in der frühen Neuzeit, *ZStW* 104 (1992) 328; *ders.* Geburt und Wiedergeburt des peinlichen Strafrechts im Mittelalter, in: FS Karl Kroeschell (1997) 497; *ders.* Buße, Strafe und Ehre im frühen Mittelalter. Ein Beitrag zur Entstehung und Begründung Peinlichen Strafens, in: Landau u. a. (Hrsg.) Karl von Amira zum Gedächtnis (1999), 231 *Klementowski* Die Entstehung der Grundsätze der strafrechtlichen Verantwortlichkeit und der öffentlichen Strafe im Deutschen Reich bis zum 14. Jahrhundert, *ZRG GA* 113 (1996) 217; *Weitzel* Vorverständnisse und Eckpunkte in der Diskussion um ein frühmittelalterlich-fränkisches Strafrechts FS Kleinheyer (2001) 539.

<sup>23</sup> *Oehler* GedS H. Kaufmann 860.

<sup>24</sup> *Oehler* aaO 860; das ist eine in dieser Allgemeinheit nicht zutreffende Aussage; vielmehr bedarf es einer vor allem nach Epochen und Deliktstypen stärker differenzierenden Betrachtung, vgl. eingehender mit Belegen *Lüderssen* (Krise) Fußn. 63.

<sup>25</sup> *Oehler* aaO 848; zur kritischen Auseinandersetzung mit dieser Position *Lüderssen* (Krise) Fußn. 73 bis 75.

<sup>26</sup> *Lieberwirth* (Hrsg.) Christian Thomasius. Über die Folter (1960) 88; Relativierung dieser Feststellung bei *Weitzel* Strafe und Strafverfahren in der Merowinger-Zeit, *ZRG GA* 111 (1994), 66 mit Belegen über Elemente eines öffentlichen Strafrechts schon für die Merowinger-Zeit.

<sup>27</sup> Vgl. hierzu die Forschungen der „European Science Foundation“ über „The Origins of the Modern State in Europe, 13<sup>th</sup>–18<sup>th</sup> Centuries“, v. a. *Antonio Padoa-Schioppa* (Ed.), *Legislation and Justice* (1997).

<sup>28</sup> *Lieberwirth* 108 ff.

<sup>29</sup> *Achter* Geburt der Strafe (1951) 103 ff; *Bianchi* Ethik des Strafens (1966) 26 f; *Trusen* Strafprozeß und Rezeption, in: Landau/Schröder (Hrsg.) *Strafrecht, Strafprozeß und Rezeption* (1984) 45 ff.

<sup>30</sup> Die Gleichzeitigkeit der Änderungen betont mit *Recht Achter* 109; weitere Literatur bei *Lüderssen* (Krise) Fußn. 78

<sup>31</sup> Mit der „Entdeckung des Individuums“ stieg sie in ungeahntem Maße; der Rationalitätsschub machte auch die Schattenseite der Freiheit, unendliche Möglichkeit zur Sünde gleichsam, sichtbar, vgl. *Angenendt* Geschichte der Religiosität im Mittelalter (1997) 201. Vgl. auch *Lüderssen* Verfahrensgerechtigkeit und Schuld. Aufklärerische Oszillationen im hohen Mittelalter und die Folgen für die Moderne, *Rechtshistorisches Journal* 16 (1997) 166 mit weit. Belegen.

<sup>32</sup> Von *Achter* 102, 107 als ein nicht weiter reduzierbarer Vorgang der Ethisierung und Institutionalisierung des menschlichen Zusammenlebens bezeichnet; dagegen mehrfach *Bader*, zuletzt: Zum Unrechtsausgleich und zur Strafe im Frühmittelalter, in: *ZRG GA* 112 (1995) 1; Zum ganzen ausführliche Informationen bei *Stübinger* Schuld, Strafrecht und Geschichte (2000) 327 und *Scheerer* Die Kriminalität als Kulturerbe der Menschheit, in: *Eser/Hassmer/Burkhardt* (Hrsg.) *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende* (2000) 345 mit vielen Belegen.

sind von Zweckmäßigkeitserwägungen freie (absolute) Reaktionen auf Schuld, sollen aber auch Abschreckungsfunktionen übernehmen<sup>33</sup>. Die Konzentration auf den Vorwurf gegenüber dem Individuum wird begünstigt durch den „Zerfall der Personalverbände“<sup>34</sup> und führt dazu, daß jetzt (zum ersten Mal um das Jahr 1200) das Wort „Strafe“ auftaucht<sup>35</sup>. Ein neuer Begriff von Schuld und Sünde legt die Suche nach der materiellen Wahrheit nahe. Sie scheint verbürgt, wenn Verfolger und Inculpat dasselbe sagen: das **Geständnis** wird zum primären Prozeßziel, die Folter ist das Mittel<sup>36</sup>. Die weltlichen Behörden wenden sie an, teils in Ausführung kirchlicher Anweisungen<sup>37</sup>, teils in eigener Regie (etwa „um auch zu Geständnissen von landschädlichen Leuten zu kommen“<sup>38</sup>). Diese Beweismethode und der ihr zugrunde liegende Anspruch auf Wahrheitsermittlung harmonieren mit der durch die Rezeption allgemein in Gang gesetzten Verwissenschaftlichung des Rechts<sup>39</sup>, deren sichtbarer Ausdruck die zunehmende Zahl der gelehrten Juristen ist<sup>40</sup>, wobei wiederum der innerkirchliche Prozeß der Rationalisierung eine wichtige Rolle spielt<sup>41</sup>. An diesen Zusammenhängen ändert sich nichts Wesentliches, wenn man die wahrheitsverbürgende Funktion des Geständnisses nicht materiell, sondern formell begreift: „Nicht weil der gestehende Angeklagte voraussichtlich schuldig ist, wird er verurteilt, sondern weil er den gegen ihn erhobenen strafrechtlichen Anspruch als wahr gelten lassen will“<sup>42</sup>.

- 12** Schließlich ist hervorgehoben worden, es seien Sanktionen nachweisbar, die darauf hindeuten könnten, daß auch die Germanen schon ein öffentliches Strafrecht gehabt haben: **Tötungen und Friedloserklärungen**. Noch die Rechtsgeschichte Anfang des zwanzigsten Jahrhunderts hat diese Konsequenzen gezogen<sup>43</sup>. In neuerer Zeit hat sich indessen die Meinung durchgesetzt, daß es sich bei diesen Tötungen entweder um **Übernahmen aus dem römischen Recht** (durch die germanischen Nachfolgestaaten) oder um religiös motivierte Opfervorgänge handelt<sup>44</sup>. Was die Friedloserklärungen angeht, so ist schon sehr bald ihr Strafcharakter bezweifelt worden<sup>45</sup>; die moderne rechtsgeschichtliche Forschung hat das bestätigt<sup>46</sup>.
- 13** Manchmal wird nicht einmal eine Tradition des öffentlichen Strafrechts behauptet, sondern schlicht darauf verwiesen, daß die **öffentliche Strafe aus früheren Erscheinungen hervorgegangen sei**, etwa aus der **Blutrache**<sup>47</sup> oder aus der **Hauszucht** gegenüber Unfreien<sup>48</sup>.

<sup>33</sup> Erste Folge der mittelalterlichen Intellektualisierung sind Zwecksetzungen, *Achter* 107.

<sup>34</sup> *Hattenhauer* Über Buße und Strafe im Mittelalter, ZRG GA **100** (1983) 53 (66).

<sup>35</sup> *Hattenhauer* aaO 66; s. auch *Achter* 34 ff.

<sup>36</sup> „Freiheit und Folter sind Geschwister der heraufziehenden abendländischen Vernunftkultur“ (*Fried*, Freiwilligkeit und Geständnis um 13. Jahrhundert, Historisches Jahrbuch **105** [1995] 388).

<sup>37</sup> *Trusen* aaO 49.

<sup>38</sup> *Trusen* aaO 57.

<sup>39</sup> Genauere Fixierung der dadurch abgelösten magischen Verfahren, welche „die durch die Tat gestörte Lebensordnung“ wiederherstellen, bei *Achter* 17.

<sup>40</sup> *Trusen* aaO 54; *Coing* Römisches Recht in Deutschland, in: *Ius romanum medii aevi*, V, 6 (1964) 77 ff; *Moraw* Gelehrte Juristen im Dienst der deutschen Könige des späten Mittelalters (1273–1493), in: *Schnur* (Hrsg.) Die Rolle der Juristen bei der Entstehung des modernen Staates (1986) 77 ff; *Isenmann* in: *Schnur* 181 ff; Die Unverzichtbarkeit der

gelehrten Juristen für die Formulierung der inquisitorischen Prinzipien vermuten *Coing* 100 und *Armbrüster* 47.

<sup>41</sup> *Trusen* aaO 55.

<sup>42</sup> *Trusen* aaO 81 ff (mit Nachw.); eingehender *Lüderssen* (Krise) Fußn. 89, 90.

<sup>43</sup> Dazu jetzt *Hein* Vom Rohen zum Hohen; Öffentliches Strafrecht im Spiegel der Strafrechtsgeschichtsschreibung des 19. Jahrhunderts (2001).

<sup>44</sup> *Nehlsen* in: Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, philologisch-historische Klasse, 3. Folge Nr. 113 (1978) 107 ff und *ders.* in: *Freiburger Festkolloquium zum 75. Geburtstag von Hans Thieme* (1983) 3 ff.

<sup>45</sup> *Binding* Die Entstehung der öffentlichen Strafe im germanisch-deutschen Recht (1908) 19 ff, 25 ff.

<sup>46</sup> *Nehlsen* aaO.

<sup>47</sup> *Weismann* FS Wach (1913) 3 ff.

<sup>48</sup> *Gustav Radbruch* Der Ursprung des Strafrechts aus dem Stande der Unfreien, in: *Gustav Radbruch Gesamtausgabe Bd. 11* (2001) 368.

Eine endgültige Aufklärung und Gewichtung der – wahrscheinlich konkurrierenden – Vorgänge und Theorien ist nicht in Sicht. Daher muß sie, wer die Entwicklung der Verteidigung zurückverfolgen will, als **Ganzes** im Auge behalten. 14

Unerachtet vieler Veränderungen (insbesondere durch die Kodifikation des materiellen und formellen Rechts in der Carolina von 1532 und die allmähliche Herausbildung des absoluten Staates oder doch jedenfalls eines dahingehenden Anspruchs<sup>49</sup>) bahnt sich erst nach Jahrhunderten ein **grundlegender Wandel** an. 15

Die politische und geistige Bewegung der **Aufklärung** dringt auf Säkularisierung, Humanisierung, Rationalisierung und Liberalisierung eines Justizsystems, das seine fragmentarischen, mit anderen Formen der Konfliktbewältigung rivalisierenden Anfänge hinter sich gelassen und eine kontinuierliche, alles beherrschende Praxis entwickelt hat. Die Schwächen dieses Justizsystems werden bloßgelegt: Die Ineffizienz, Ungerechtigkeit und Maßlosigkeit nichtöffentlicher, ohne Laienbeteiligung stattfindender Verfahren in der Hand abhängiger, für Ermittlung und Verurteilung gleichermaßen zuständiger Richter. Ebenso moralisch wie pragmatisch motiviert ist der Kampf gegen Folter und Hexenwahn<sup>50</sup>, gegen Todes- und Leibesstrafen – eng verknüpft mit einer die Fesseln der religiösen und später auch der antiken Überlieferung allmählich abstreifenden systematischen, zunächst unbegrenzt spekulativen, dann aber die Grenzen der Vernunft reflektierenden Philosophie und einer praktischen, allgemeine Probleme von Staat und Gesellschaft (wie Gewaltmonopol, Gewaltenteilung, Volkssouveränität, Freiheit und Würde der Person) aufgreifenden Philosophie. 16

Das Ergebnis ist der „reformierte Prozeß“, der im 19. Jahrhundert nach und nach politische Realität wird. Unverändert groß bleibt das Bedürfnis nach wirksamer, Schädiger und Opfer nicht sich selbst überlassender Friedenssicherung; die Notwendigkeit eines **öffentlichen Strafrechts** in der Form der Behauptung eines Strafanspruchs der Allgemeinheit wird nicht bestritten – in dieser Hinsicht gibt es keine Reformforderungen. Neu jedoch sind die Struktur des Verfahrens und seine grundlegenden Prinzipien. An erster Stelle ist die Trennung von Anklage und Urteil zu nennen, nunmehr freilich – anders als in den älteren gesellschaftlich-privat organisierten Verfahren – innerhalb der Staatsgewalt<sup>51</sup>, die reif genug scheint, die damit notwendig werdende Selbstbindung zu ertragen. Der Justiz wird eine Kontrollinstanz im Namen der Allgemeinheit, der Bürger, des Volkes gegenübergestellt: die Staatsanwaltschaft. 17

Unter dem **Anwalt des Staates** versteht man nicht den Anwalt der autoritären Staatsgewalt, sondern den Anwalt der Interessen derer, die im Staat leben und für die der Staat eine Verantwortung trägt<sup>52</sup>. 18

<sup>49</sup> Der theoretisch auf den Grundsatz gestützt wurde, niemand könne sich selbst verpflichten (zeitgenössische Belege bei *Link* in: Schnur aaO 783), politisch aber unter naturrechtlichem Vorbehalt stand (*Link* 779 ff) und ziemlich weit davon entfernt war, ganz realisiert zu werden, vgl. dazu mit Belegen *Gerhard Oestreich* Geist und Gestalt des modernen Staates (1969) 179 ff; *Stolte* Geschichte des öffentlichen Rechts, Band I, 1600–1800, (1988), sowie die fortlaufend erscheinenden Bände im Rahmen der von der „European Science Foundations“ initiierten Forschungen über „The origins of the Modern State in Europe, 13<sup>th</sup>–18<sup>th</sup> Centuries“.

<sup>50</sup> Zur Rolle der Verteidigung in diesen Prozessen: *Falk* Vom vorzeitigen Rennen, sich Sperren und Disputieren. Eine Fallstudie zur Verteidigung im Hexen-

prozeß, in: Lehmann/Ulbricht (Hrsg.) Vom Unfug des Hexenprozesses (1992) 281; *T. Krause* Bemerkungen zur Strafverteidigung im gemeinrechtlichen Inquisitionsprozess in: FS Sellert (2000) 377.

<sup>51</sup> Diesen neueren Anklageprozeß muß man vom älteren also sorgfältig unterscheiden; irreführend, weil noch nicht vom Prinzip der Gewaltenteilung getragen, die Reklamation des terminus für die Prozeßepoche des gemeinen Rechts (so aber *Eb. Schmidt* [Geschichte] 198 ff).

<sup>52</sup> Rechtshistorisch ist vieles noch umstritten, vgl. *Hans Günther* Staatsanwaltschaft – Kind der Revolution (1973); *Koller* Die Staatsanwaltschaft – Organ der Judikative oder Exekutivbehörde (1997) 21 ff; *Collin* „Wächter der Gesetze“ oder „Organ der Staatsregierung“? (2000).

- 19 Nicht minder wichtig ist die Einsicht, daß der wegen einer Schadenszufügung Beschuldigte nicht mehr Objekt der Untersuchung sein darf, sondern in der Auseinandersetzung mit den Instanzen der Strafverfolgung als **Person** auftritt<sup>53</sup>. Daher erhält nun auch der nach allen Seiten hin **unabhängige Verteidiger** eine besondere Position; seine eigentliche Ära beginnt jetzt.
- 20 Das Verlangen danach hätte vielleicht weniger Resonanz gefunden, wenn es nicht mit einer weit über Strafrecht und Strafprozeß hinausgehenden Bewegung von beträchtlicher Eigendynamik verknüpft gewesen wäre. Diese Bewegung ist in die Geschichte eingegangen als der „Kampf um die Freiheit der Advokatur“, der das Ziel hatte, einen Stand unabhängiger, ihre Organisation und Standesethik selbständig verwaltender **Anwälte** zu etablieren<sup>54</sup>. Keineswegs war damit Teilnahme am Staat angestrebt<sup>55</sup>; vielmehr ging es den Anwälten darum, ihren Berufsstand gesellschaftlich zu stärken und in dieser Position dem Staat gegenüberzutreten.
- 21 Für die **Durchsetzung des Beschuldigteninteresses** eröffneten sich damit zwei Wege: Es wird entweder zum internen Staatsziel; parteiliche Verteidigung ist dann sozusagen obrigkeitlich-fürsorglich zu verbürgen<sup>56</sup>. Oder es bedarf nicht (jedenfalls nicht direkt) des Staates; der Beschuldigte findet in der dem Staat gegenüber tretenden Gesellschaft die Ressourcen für seine Verteidigung.
- 22 Der Kampf um eine am Beschuldigteninteresse orientierte Verteidigung im **deutschen Strafprozeß** hat letzten Endes nur dem zweiten Weg gegolten. Maßgebend waren also die liberalen Vorstellungen über die Unabhängigkeit des Individuums vom Staat. Die Gesellschaft dieser Individuen will nicht – mehr – im Staat aufgehen, sondern sieht sich ihm *gegenüber*, mit der Folge, daß ihre Mitglieder, die einzelnen Personen, auch in Stand gesetzt werden müssen, diese Positionen durchzuhalten. Die Parteilichkeit des Verteidigers eines Bürgers, den der Staat im Interesse der Allgemeinheit einem Strafverfahren aussetzt, ist **Ausdruck** einer **Unabhängigkeit** vom Staat und **nicht Derivat** einer Fürsorge des Staats<sup>57</sup>. Erst mit der Trennung von Gesellschaft und Staat – als Folge der rechtsstaatlichen Begrenzung der Staatsgewalt – kann diese Konstellation entstehen<sup>58</sup>. Nicht die staatliche Einverleibung des Beschuldigteninteresses ist es mithin, die den Inquisitionsprozeß der Moderne von dem des Mittelalters und der beginnenden Neuzeit unterscheidet, sondern die Anerkennung der **Autonomie** des Beschuldigten gegenüber dem Staat.
- 23 Nur so wird die Auffassung verständlich, daß gerade der **Inquisitionsprozeß** den ausschließlich im Beschuldigteninteresse tätigen Verteidiger fordere, weil für die Wahrheit<sup>59</sup>

<sup>53</sup> Ausführlicher *J. Schulz* StV 1991 360; *I. Müller* KJ 1977 12; *Heinicke* 113 ff; *Wassmann* 24.

<sup>54</sup> Den entscheidenden Durchbruch erzielte *v. Gneist* Freie Advokatur – die erste Forderung aller Justizreformen in Preußen (1867); dazu *Armbrüster* 127 ff; ferner *Redeker* NJW 1987 2610; *Hug* AnwBl. 1993 372.

<sup>55</sup> So aber scheint *Beulke* die Entwicklung zu deuten, vgl. seinen unveröffentlichten Diskussionsbeitrag beim Egon Müller-Symposium 1998, Mitschrift S. 107.

<sup>56</sup> Das ist v. a. die Konzeption von *Beulke* (Verteidiger) 164 ff s. weitere Belege in Fußn. 227. In diesem Sinne jetzt auch *Wünsch* StV 1997 48; *Hammerstein* NStZ 1997 13; *Dornach* NStZ 1995 60; *v. Stetten* StV 1995 609; *Kintzi* DRiZ 1994 327; *Berg*

DRiZ 1994 382; *Maatz* NStZ 1992 513; *Liemersdorf* MDR 1989 204.

<sup>57</sup> Zust. *Grüner* 22.

<sup>58</sup> *Hesse* in: Böckenförde (Hrsg.) Staat und Gesellschaft (1976) 489.

<sup>59</sup> In einem reinen Parteiverfahren könnte man die Funktion des Verteidigers insofern mit dem Ziel des Prozesses, die Wahrheit festzustellen, verknüpfen als Ankläger und Verteidiger zusammen – dialektisch – gerade durch ihre jeweilige Einseitigkeit der Wahrheit dienen (wobei offen bleibt, ob die Wahrheit auf diesem Wege gefunden oder produziert wird; mit dieser Problematik beschäftigt sich der Konstruktivismus, eine erkenntnistheoretische Position, die hier auf sich beruhen muß. Eine gründliche Untersuchung des Problems, wie philosophi-



ja schon Gericht und Staatsanwalt sorgen<sup>60</sup>. Aber das gilt nur für den modernen Inquisitionsprozeß, der sich in einer Epoche behaupten muß, welche die Eigenständigkeit der Gesellschaft, das heißt der einzelnen Personen, die sie ausmachen, betont.

Wirksame **Parteilichkeit** durch eine starke Stellung des Verteidigers ist erst unter dieser Voraussetzung ein sinnvolles Ziel, bedarf dann aber auch nicht mehr der Hilfskonstruktion des obrigkeitlich motivierten Beschuldigteninteresses. Daß dies die Tendenz der rechtspolitischen Entwicklung war, ist von der zeitgenössischen Literatur über die Stellung des Verteidigers allerdings weitgehend verkannt worden<sup>61</sup>. **24**

Die Entwicklung der Verteidigerstellung kann auf dieser Basis nicht geradlinig verlaufen. Noch bis zum Inkrafttreten der Reichsjustizgesetze (1879<sup>62</sup>) ist in Preußen die Strafverteidigung beamteten Justizkommissaren anvertraut<sup>63</sup>. Diese äußerste Form **obrigkeitlicher Fürsorge** für den Beschuldigten wird dann im Zeichen des Konstitutionalismus, der bereits die als „Hüter der Gesellschaft gegen den Staat“ sich verstehenden Parlamente<sup>64</sup> hervorgebracht hatte, aufgegeben. Die **Reichsrechtsanwaltsordnung** etabliert eine Organisation, die einer nicht vom Staat abgeleiteten Verteidigertätigkeit, für die in den §§ 137 bis 150 der StPO eine neue Grundlage geschaffen worden ist, den Weg endgültig öffnet. Die formale Ausgangsposition für eigenständige Rechte der Verteidigung ist aber – anders als die der konstitutionellen Parlamente – schwach. **25**

Daß die parlamentarische Demokratie sich (1918) durchsetzt und die Parlamente nunmehr zur Staatsgewalt zählen, ändert an dieser Position der Verteidiger nichts, sondern bringt eher die Gefahr mit sich, daß sie zusammen mit anderen im gesellschaftlichen Status verbleibenden Kräften geschwächt werden. Die **realen Möglichkeiten** der Verteidigung sind daher weniger von der Rechtslage als von politischen Verhältnissen abhängig. In der Weimarer Zeit sind sie der Verteidigung günstig, in der NS-Zeit nicht, ohne daß der rechtliche Rahmen geändert wird. Der Verteidiger hat sich in den „über aller individueller Freiheit“ stehenden „Staat“ und die in ihm „verkörperte Volksgemeinschaft einzuordnen“<sup>65</sup>. Die Freiheit des Berufs ist „den Maßstäben an staatsbürgerlichem Gehorsam, welche der totale Staat anlegen muß“, anzupassen mit der Folge „einer bedingungslosen Unterordnung des Anwaltes und Verteidigers unter diesen veränderten Begriff der Freiheit“<sup>66</sup>. **26**

Die neuere **Gesetzesgeschichte** ist bei den einzelnen Vorschriften nachgewiesen<sup>67</sup>. **27**

sche „Wahrheitstheorien“ zu den Wahrheitsfragen des Strafprozesses in Beziehung gesetzt werden können, hat *Joachim Schulz* Sachverhaltsfeststellung und Beweistheorie [1992] vorgelegt [vgl. 179 ff.] (vgl. im übrigen unten Rdn. 142). In wie weit die Stellung des Verteidigers im Strafprozeßrecht der USA oder England insofern eine etwas andere ist als im deutschen oder überhaupt kontinentalen Strafprozeßrecht, ist leider nicht mit der erforderlichen Sicherheit zu ermitteln; den einschlägigen Rechtsordnungen sind Abstraktionen dieser Art schwer zu entnehmen.

<sup>60</sup> *Welp* ZStW 90 (1978) 119 und 807; *Jahn* (Konfliktverteidigung) 134 ff.; vgl. auch *Stryz* 53; *Barton* 130; *Rzepka* 400.

<sup>61</sup> S. Belege bei *Beulke* (Verteidiger) 165; s. auch *Arbeitskreis Strafprozeßreform* 134.

<sup>62</sup> GVG, ZPO, StPO, KO, Rechtsanwaltsordnung.

<sup>63</sup> In Zivilsachen auftretende Anwälte hießen Assistentenräte.

<sup>64</sup> *Battis/Gusy* Einführung in das Staatsrecht<sup>2</sup> (1986) 113.

<sup>65</sup> *Dix* Totaler Staat und freie Advokatur, DJZ 1934 246.

<sup>66</sup> *Dix* aaO; zur „Gleichschaltung“ s. auch *König* 35 ff.; *Claus* FoR 1996 79; *Krach* NJW 1995 1384.

<sup>67</sup> Guter Überblick: *KK-Laufhütte*<sup>4</sup> Vor § 137, 1; weiterführende Nachw. zu den Änderungen im Strafverfahrensrecht seit dem StPAG 1964 bis zu den Vorentwürfen zu einem 2. RpflEntlG 1994/95 bei *Jahn* (Konfliktverteidigung) 114 bis 119.

### III. Das Verhältnis von Staat und Gesellschaft als Basis für die rechtliche Stellung des Strafverteidigers in Gegenwart und Zukunft

- 28 Nach Beseitigung des NS-Regimes stellt sich die durch die Entwicklung im 19. Jahrhundert erreichte Konstellation wieder her, an der sich dann, ungeachtet vieler Veränderungen im Detail<sup>68</sup>, bis zur Gegenwart nichts geändert hat. Sie ist inzwischen einerseits sehr ausgebaut worden, andererseits in den Grundlagen nicht mehr ganz unangefochten, weil die **Abgrenzung von Staat und Gesellschaft** neue Akzente bekommen hat<sup>69</sup>.
- 29 Da die Konzeption des demokratischen Staates darin besteht, daß er sich erst in gesellschaftlichem Zusammenwirken konstituiert<sup>70</sup>, scheint gegenwärtig für die Stellung des Verteidigers eine **staatsunabhängige gesellschaftliche Legitimation** (schon wieder) fragwürdig zu sein. Wie weit die auf Repräsentation beschränkte Demokratie zu diesem Schluß wirklich zwingt, muß hier ununtersucht bleiben. Trotz zunehmender Mediatisierung außerhalb der Parlamente<sup>71</sup>, gegenwärtig vor allem im Zuge der „**Globalisierung**“<sup>72</sup>, wird die „Ferne der Zentralität“ nach wie vor empfunden mit der Folge, daß die Gesellschaft „vielfältige Formen der Autonomie und Selbstregulierung“ erlaubt<sup>73</sup>. Als „Ausdruck einer funktionellen Differenzierung“ jedenfalls hat der Unterschied zwischen Staat und Gesellschaft nach wie vor einen Sinn<sup>74</sup>.
- 30 Diese Aufgabenverteilung wird besonders deutlich, wenn der einzelne in eine direkte Konfrontation mit Behörden gerät, speziell der in einem Strafverfahren Beschuldigte mit Staatsanwaltschaft und Gericht. Zwar ist es – mit einer durchgehenden demokratischen Konstruktion – auch dann noch *sein* Staat, doch bei der Fixierung der jeweiligen Interessen und der Abwicklung der realen Vorgänge wird evident, daß die in konstitutionellen Zeiten definierte Aufgabe des von der Gesellschaft abgegrenzten Staates kaum verändert fortbesteht: Sicherung der **vorstaatlichen Freiheitssphäre des Bürgers**<sup>75</sup>. Dazu gehört die Garantie des autonomen Status des Beschuldigten<sup>76</sup> und damit seiner **parteilichen Verteidigung**.
- 31 Die vom Bürger in Anspruch genommene **Freiheitssphäre** ist allerdings **Wandlungen** ausgesetzt. Teilweise treten diese Wandlungen als Folgen erstmals vom modernen Staat gewährter Freiheitsrechte in Erscheinung<sup>77</sup>. Dazu könnten auch der mehr und mehr verbrieft **Autonomiestatus des Beschuldigten** im Strafverfahren gehören und damit die Rechte seines Verteidigers. Seine Tätigkeit für den Beschuldigten wäre dann letztlich **Staatsziel**<sup>78</sup>.

<sup>68</sup> Heinicke 143 ff.

<sup>69</sup> Neue Literatur zum Thema bei *Hermes* Staatliche Infrastrukturverantwortung (1998) 147 ff („die bleibende Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft“); *Zumbansen* Ordnungsmuster im modernen Wohlfahrtsstaat (2000) 34 ff („Lernerfahrung zwischen Staat, Gesellschaft und Vertrag“); *Möllers* Staat als Argument (2000) 67 ff, 233 ff, rechtsvergleichend: *Leibholz*: Staat und Gesellschaft in England, in: Strukturprobleme der modernen Demokratie (1974) 206 ff; s. ferner *Rupp* Die Trennung von Staat und Gesellschaft, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts I (1987) § 28.

<sup>70</sup> *Hesse* Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland<sup>20</sup> (1995) 12.

<sup>71</sup> *Teubner* Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung (1978).

<sup>72</sup> *K. Günther/Randeria* Recht, Kultur und Gesellschaft im Prozeß der Globalisierung (2001).

<sup>73</sup> *T. v. Trotha* Distanz und Nähe (1986) 21.

<sup>74</sup> *Hesse* aaO 11; vgl. im übrigen die Angaben in Fußn. 69.

<sup>75</sup> Dies wird auch in der in den letzten Jahren auf ein neues Niveau gehobenen Debatte über die Wahrung und Durchsetzung der Menschenrechte deutlicher: *Denninger* Die Wirksamkeit der Menschenrechte in der deutschen Verfassungsrechtsprechung, *JZ* 1998 1129; *Hasso Hofmann* Menschenrechte und Demokratie, *JZ* 2001 1; v. *Bogdandy* Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel?, *JZ* 2001 157 (158 bis 162).

<sup>76</sup> *LR-Hanack* § 136, 4 ff.

<sup>77</sup> *Lüderssen* Kriminologie (1984) 15 mit weit. Nachw.

<sup>78</sup> Zur modernen Funktion dieses Begriffs vgl. Staatszielbestimmungen/Gesetzgebungsaufträge, Bericht

Aber wiederum braucht hier nicht entschieden zu werden, ob sich darin eine allgemeine Tendenz der vollständigen Erfassung und **Zuteilung des Individuellen** und gänzliche Zurückdrängung des Gesellschaftlichen zeigt. Zwar haben die dem einzelnen zugebilligten Rechte an den Staat an Zahl und Verbindlichkeitsgrad so zugenommen, daß sie das, was man als eigenständige Sphäre der Freiheit vor oder jenseits des Staates ansehen könnte, förmlich verdunkeln. Demgegenüber muß jedoch die **Kontinuität** der gegen die – schon geteilte – Staatsgewalt gerichteten, **aus der Gesellschaft** (also der Summe der einzelnen, die sich – noch – nicht im Staat aufgehoben sehen) kommenden Bemühungen um die Autonomie des Beschuldigten gesehen werden. Dafür, daß dieses Bemühen sich in den Wunsch nach einer vom Staat zu gewährenden Freiheit umgewandelt hat, gibt es keine Belege. Auch „die andere Seite“, der Staat, verharrt insoweit, trotz aller Expansionen im übrigen, etwa im Sozialbereich, auf seinem traditionellen konstitutionellen Standpunkt. Die Eigenständigkeit, jedenfalls der **anwältlichen Berufsorganisationen**<sup>79</sup>, umzudeuten in eine spezielle Ausdrucksform staatlicher Demokratie, ginge an der Realität vorbei, ebenfalls der Gedanke, die Staatsräson habe sich in raffinierter Weise ein indirektes Herrschaftsinstrument geschaffen. Im Wandel begriffen sind lediglich die Gründe für die Behauptung einer nicht vom Staat zuteilten Autonomieposition des Beschuldigten. Die ursprüngliche Freiheit des Individuums im Allgemeinen, wie im Bezug auf spezielle Interessen, wird weniger metaphysisch als soziologisch-positivistisch begriffen, das heißt, relevant ist in erster Linie die Tatsache, daß jenseits staatlicher Vorgaben und Einflüsse entsprechende Einigungsprozesse in der Gesellschaft stattfinden und politische Verbindlichkeit erlangen<sup>80</sup>.

## B. Folgerungen

### I. Die Bedeutung der Beschränkung strafprozessualer Aufklärungspflicht und Justizgewährung auf die staatlichen Strafverfolgungsorgane für die Stellung des Verteidigers im allgemeinen

**1. Das Vertragsprinzip.** Es ist Ausdruck der allmählich durchgesetzten Anerkennung der Autonomie des Beschuldigten, daß die zentrale Norm – § 137 Abs. 1 – ihm das Recht gibt<sup>81</sup>, sich „(...) des Beistandes eines Verteidigers“ zu „bedienen“<sup>82</sup>. Die Respektierung der Subjektrolle des Beschuldigten wäre nur halb vollzogen, wenn der beistehende Verteidiger die dienende Rolle verlassen würde und etwas ohne oder gegen den Willen des Beschuldigten tun dürfte<sup>83</sup>. Daher hat dieser positiv-rechtliche Ausgangspunkt der **Vertragstheorie** mittlerweile Zustimmung erfahren<sup>84</sup>. Da unsere Rechtsord-

der Sachverständigenkommission der Bundesminister des Innern und der Justiz (1983).

<sup>79</sup> Vgl. im einzelnen *Johnigk*.

<sup>80</sup> *Lüderssen* Genesis und Geltung in der Jurisprudenz (1996) 69.

<sup>81</sup> Diesen Ausgangspunkt für die Stellung des Verteidigers betonen auch *Grüner/Wasserburg* 434.

<sup>82</sup> Dieses Rechts ist abgestützt durch Art. 6 Abs. 3c EMRK und Art. 14 Abs. 3 Buchst. d IPBR (dazu *Rzepka* 397).

<sup>83</sup> Die Subjektstellung des Beschuldigten auch im Verhältnis zu seinem Verteidiger betont zu Recht *Schlothauer* Vorbereitung der Hauptverhandlung durch den Verteidiger<sup>2</sup> (1998) Rdn. 25.

<sup>84</sup> *Kempf* in: Brüssow u. a. (Hrsg.) § 1, 39; *AK-Schlothauer* Vor § 213, 33; *AK-Stern* Vor § 137, 45 ff; *Jahn* (Konfliktverteidigung) 231; *StV* 2000 432; *JR* 1999 1; *Scholderer* *StV* 1993 229; *Plähn* in: 13. Strafverteidigertag 207. Krit. *Roxin*<sup>25</sup> § 19, 4 und *FS* Hanack 16; *Grüner* 79; *Stumpf* 42 ff; *Beulke* in: *Kühne/Miyazawa* (Hrsg.) *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland* (2000) 140 und *Beulke*<sup>5</sup> (mit anfechtbarer Einordnung als Unterfall der „Parteiinteressentheorie“) Rdn. 151 (s. auch *Fußn.* 347, 358); *Paulus* *NSiZ* 1992 307; *Barton* *StV* 1990 237; *Widmaier* *FG Bundesgerichtshof* IV 1045 mit kaum ernstzunehmenden Pathos (vgl. auch unten

nung auf der anderen Seite – abgesehen vielleicht von familiären Rechten – private Positionen nicht als Basis genuiner Abhängigkeitsverhältnisse anerkennt, bleibt für die Ausgestaltung der **Beziehungen zwischen Beschuldigtem und Verteidiger** nur die – für die gesamte Privatrechtsgesellschaft typische – Rechtsform des Vertrages.

- 34 a) Allgemeines.** Daß der gewählte Verteidiger auf dieser Grundlage tätig wird, ergibt sich aus der **Bevollmächtigung**. Ihr geht entweder ein Vertrag voraus, oder es kommt mit ihr zugleich ein Vertrag zustande (genauer Rdn. 79 ff). Der Gedanke, daß die Vereinbarung mit dem Verteidiger zugleich die Wirkung einer öffentlich-rechtlich zu beurteilenden Mandatsstellung habe, findet im Gesetz keine Stütze<sup>85</sup>.
- 35** Der Vertrag zwischen Verteidiger und Mandant ist ein **Dienstvertrag** gemäß § 611 BGB, der zwei Besonderheiten aufweist. Einmal handelt es sich um Dienste höherer Art, die aufgrund eines besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen – daher ist die Vorschrift des § 627 BGB (jederzeitige fristlose Kündigung) anwendbar<sup>86</sup>. Zum anderen ist Gegenstand der Dienste eine sogenannte **Geschäftsbesorgung** i. S. d. § 675 BGB<sup>87</sup> mit der Folge der Anwendbarkeit einer Reihe von Vorschriften, die an sich nur für den unentgeltlichen Auftrag gelten. Dazu gehört unter anderem § 665 BGB, der unter bestimmten Voraussetzungen Abweichungen von den – prinzipiell zu beachtenden – Weisungen des Auftraggebers zuläßt (genauer Rdn. 50 ff).
- 36** Die **Grenzen des Vertrages** ergeben sich aus den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Rechtsgeschäfte und Verträge. Wichtig sind hier vor allem die §§ 134, 138, 276 BGB.
- 37** § 134 BGB nimmt insbesondere sämtlichen Abmachungen zwischen Verteidiger und Mandant die Wirkung, die Verstöße gegen **Strafgesetze** zum Inhalt haben. Unproblematisch sind hier also regelmäßig Fälle, in denen der Mandant vom Verteidiger die Begehung von Straftaten verlangt, also beispielsweise Urkundenfälschung, tatherrschaftliche Zeugenbeeinflussung, Körperverletzung oder Nötigung<sup>88</sup>.
- 38** Die **guten Sitten**, deren Verletzung den Vertrag zwischen Verteidiger und Mandant nach § 138 BGB nichtig macht, können nach der Änderung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>89</sup> nicht mehr ohne weiteres unmittelbar dem Berufsrecht entnommen werden. Allerdings können die BRAO, die Berufsordnung der Rechtsanwälte

Rdn. 107c); gründliche, teils zust., teils abl. Auseinandersetzung mit der Vertragstheorie bei *Grüner* 370 ff; nicht leicht einzuordnen ist die Position von *Salditt* (in: Egon Müller-Symposion 27): Es sei nicht hilfreich, „die Strafverteidigung auf ihren vertraglichen Kern zu reduzieren“. Andererseits wird *Salditt* nicht müde, Konfliktsituationen zwischen Mandant und Verteidiger im Sinne der vertraglichen Einigung aufzulösen (vgl. unten Rdn. 65 Fußn. 153a). Ähnliches gilt für *Schäfer*<sup>6</sup> Rdn. 48 bis 50 und *G. Wolf*: Im Tenor abl. (59 ff), in den Ausgangspunkten (55/56) und bezogen auf Details im Erg. häufig übereinstimmend: 154, 177 (nur – vom Beschuldigten – abgeleitetes Beweisanspruchsrecht), 179 (Bestimmung der Verteidigungsführung durch den Beschuldigten), 183 (Pflicht zur Führung der Verteidigung nur im Innenverhältnis gegenüber dem Beschuldigten), 213 (begründetes Innenverhältnis zwischen Verteidiger und Beschuldigten durch einen Vertrag), 215 (keine Besonderheiten für die zivilrechtliche Haftung des Verteidigers für

schlechte Verteidigung), 429 (Bestimmung der Verteidigungsstrategie durch den Beschuldigten), 380 (keine Reduzierung der Wirkung der Verteidigertätigkeit durch die Gebundenheit des Verteidigers an die Entscheidung des Beschuldigten).

<sup>85</sup> Genauer unten Rdn. 72. Dies gilt, wie *Jahn JR 1999* 4; *StV 2000* 432 herausarbeitet, nicht nur für die Wahl-, sondern auch für die Pflichtverteidigung.

<sup>86</sup> *BGH NJW 1983* 1048; *Staudinger-Martinek*<sup>13</sup> § 675, C 33; *Borgmann/Haug* § 8, 32.

<sup>87</sup> *Staudinger-Martinek*<sup>13</sup> § 675, C 1; *Soergel-Wolf*<sup>12</sup> § 276, 174; *MünchKomm-BGB-Seiler*<sup>2</sup> § 675, 6; *Borgmann/Haug* § 8, 33; *AK-Stern* Vor § 137 3, 10.

<sup>88</sup> *Scholderer StV 1993* 229 und unten Rdn. 114.

<sup>89</sup> *BVerfGE 76* 171, 196; dazu *Lindner*, *MDR 1993* 605; *Hartung NJW 1993* 2776; *Weigel BRAK-Mitt. 1988* 2; *Pietzcker NJW 1988* 513; *Kleine-Cosack NJW 1988* 164; *Zuck NJW 1988* 175; *Jähnke NJW 1988* 1888; *Commichau JZ 1988* 824; *Pfeiffer BRAK-Mitt. 1988* 226 und bereits oben Rdn. 2.

(BORA)<sup>90</sup> und – im ganz eng umgrenzten Rahmen – auch noch die RiAA eine **Indizwirkung** für das Vorliegen eines Sittenverstößes haben. Regelmäßig wird man allerdings bei einem Verstoß gegen die *grundlegenden* Berufspflichten – insbesondere der §§ 43, 43a BRAO – einen solchen Sittenverstoß annehmen müssen. Über die Generalklausel des § 138 BGB wirkt sich aber das **Verfassungsrecht** auf den Mandatsvertrag aus. Das privatautonome Element des Anwaltsvertrags muß daher über die **mittelbare Drittwirkung der Grundrechte** zur Geltung kommen<sup>91</sup>. Dabei ergibt sich die prinzipielle Freiheit des Verteidigungssinnenverhältnisses und die „Präponderanz der autonomen Berufsbildkonstruktion“<sup>92</sup> aus der Schrankendogmatik des Art. 12 Abs. 1 GG, die Institutsgarantie der Verteidigung aus dem rechtsstaatlichen Prinzip des fairen Verfahrens<sup>93</sup> und aus Art. 103 Abs. 1 GG<sup>94</sup>. Daher muß sich bei Einschränkungen der Freiheitsrechte des Strafverteidigers stets die einschränkende staatliche Gewalt rechtfertigen, nicht die Freiheitsvermutung<sup>95</sup>. Die Annahme, wonach *jeder* Verstoß gegen das **Berufsrecht** gleichzeitig ein Verstoß gegen die guten Sitten sei, geht daher zu weit<sup>96</sup>. An § 138 BGB scheitern also Versuche des Mandanten, eine für ihn gleichsam selbstmörderische Strategie dem Verteidiger aufzudrängen. Diese Parallele zu der Grenze, die das ärztliche Standesrecht der Rücksichtnahme des Arztes auf den Patientenwillen zieht, liegt nahe, ist aber, weil im juristischen Bereich die Situationen sich eindeutiger Bewertung häufig entziehen (freilich ist es bei den Ärzten auch nicht immer ganz einfach) am Ende doch nicht so ergiebig. Aber selbst wenn das anders wäre, blieben noch viele berufsrechtliche Probleme diesseits der guten Sitten übrig.

Mit Blick auf das Problem der sog. „**Konfliktverteidigung**“ ist etwa umstritten, ob die Einlegung prozeßordnungswidriger, also völlig unzulässiger, sachlich aussichtsloser oder rein **prozeßverschleppender Rechtsmittel**, wegen § 138 BGB nicht mehr vom Weisungsrecht des Mandanten umfaßt sein darf. Begründet wird dies mit dem Gedanken, daß die Einlegung von Rechtsmitteln nach der Rechtsordnung nur den Zweck habe, eine Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Entscheidung herbeizuführen<sup>97</sup>. Dagegen wird eingewandt, daß es auch Sache des Verteidigers sein könne, einen Prozeß platzen zu lassen und in anderer, günstigerer Besetzung oder Atmosphäre fortzusetzen. Der Autonomiestatus des Angeklagten legt indessen eine vermittelnde Position nahe, wonach mindestens eine Pflicht zur Berücksichtigung des Wunsches des Mandanten nach gezielter Konfrontation mit dem Gericht besteht<sup>98</sup>. 39

Schwierig ist die Beantwortung der Frage, welche Folgen es für den Vertrag mit dem Verteidiger hat, wenn nur ein Teil der vertraglichen Abrede zwischen Beschuldigtem und Verteidiger – etwa wegen Verstoßes gegen berufsrechtliche Vorschriften (z. B. §§ 43, 43a BRAO beim Lügeverbot) – gem. § 138 BGB **unwirksam** ist. Für diesen Fall gilt 40

<sup>90</sup> Nach der von der Satzungsversammlung der BRAK am 29.11.1996 beschlossenen und am 11. März 1997 in Kraft getretenen (BGH BRAK-Mitt. 1999 233 f; a. A – zu Unrecht – AnwG Düsseldorf NJW 1998 2296) Berufsordnung ist es insbesondere Aufgabe des Strafverteidigers, den Mandanten vor verfassungswidriger Beeinträchtigung und staatlicher Machtüberschreitung zu bewahren (§ 1 Abs. 3 BORA), vgl. insoweit auch BVerfG NJW 1996 3268; Jahn ZRP 1998 104; NStZ 1998 392.

<sup>91</sup> Vgl. Soergel-Hefermehl<sup>12</sup> § 138, 10; MünchKommBGB-Mayer-Maly<sup>3</sup> § 138, 16.

<sup>92</sup> Höfling Berufsfreiheit und autonome Berufskonstruktion, DVBl. 1987 886.

<sup>93</sup> Grundlegend Rzepka.

<sup>94</sup> Ausführlich zum Grundrechtsschutz der Strafverteidigung Hill in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts I § 156, 34; Gusy AnwBl. 1984 225; Pestke BRAK-Mitt. 1988 243; R. Schneider NJW 1977 875; Spaniol 220 ff; Jahn (Konfliktverteidigung) 155 ff.

<sup>95</sup> Jahn (Konfliktverteidigung) 201 f.

<sup>96</sup> Überzeugend Deutsch Freizeichnung von der Berufsausübung, VersR 1974 303. S. auch schon RGZ 142 81.

<sup>97</sup> AK-Stern Vor § 137, 38; Hartstang 491; Borgmann/Haug § 22, 129 unter Hinweis auf § 43a BRAO.

<sup>98</sup> Ebenso AK-Schlothauer Vor § 213, 33.

zunächst, daß der Verteidiger sich in Abweichung von § 665 BGB an diese Einzelweisung nicht zu halten braucht, denn sie ist für ihn nicht verbindlich; die Weisung ist analog § 138 BGB unwirksam, denn § 138 BGB ist auch auf einseitige Rechtsgeschäfte und Willenserklärungen anwendbar<sup>99</sup>. Sieht sich der Verteidiger durch die Weisung und ihre Befolgung sogar in der **Gefahr zukünftiger Strafverfolgung**, etwa wegen § 258 StGB, kann er – in den Grenzen des § 671 BGB – zudem kündigen<sup>100</sup>.

- 41** Was geschieht, wenn der Verteidiger dieses **Kündigungsrecht** nicht wahrnimmt, z. B. deshalb, weil er trotz der ihm unliebsamen Einzelweisung immer noch am Mandat und am Schicksal des Mandanten interessiert ist? Für diesen Fall ist zwar die Einzelweisung unwirksam, aber der **Geschäftsbesorgungsvertrag** des Verteidigers als Dauerschuldverhältnis wird davon nicht berührt, denn es folgt aus dem Wesen des dienstvertraglichen Dauerschuldverhältnisses<sup>101</sup>, daß einzelne unwirksame Weisungen seinen Bestand nicht betreffen. Dies freilich kann dann – je nach Ausgestaltung des Mandatsverhältnisses – anders sein, wenn eine Einzelweisung so wesentlich für den **Bestand des Dauerschuldverhältnisses** ist, daß mit ihr der ganze Vertrag „steht und fällt“<sup>102</sup>. Nur für diesen Fall – der wohl eher selten vorkommen wird – bedarf es überhaupt einer Anwendung des § 139 BGB.
- 42** Nach § 139 BGB ist ein Rechtsgeschäft bei Nichtigkeit eines Teils des Geschäfts insgesamt nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen worden wäre. Allgemeine Regeln kann es hier schon deshalb nicht geben, weil der 2. Hs. des § 139 BGB gerade Ausdruck des zivilrechtlichen Prinzips der Privatautonomie ist. Als Leitlinie wird daher vorgeschlagen, daß zu fragen ist, wie der **maßbliche Parteiwille** beschaffen ist. Auf eine etwa vorhandene Urkunde, die das Verteidigungsziel oder die -Strategie fixiert, allein kann es dabei nicht entscheidend ankommen. Es sind vielmehr alle für die Ermittlung des Parteiwillens in Betracht kommenden Umstände, auch solche außerhalb des Vertragstextes, heranzuziehen<sup>103</sup>. Das bedeutet also i. d. R., daß das „**objektiv vernünftige**“ als Parteiwille anzunehmen ist. Objektiv vernünftig wird es aber i. d. R. sein, daß das Mandatsverhältnis jedenfalls dann fortbesteht, wenn durch die Nichtbefolgung der **nichtigen Weisung** das Vertrauensverhältnis zwischen Verteidiger und Mandant nicht vollends **zerrüttet** ist. Kein Gegenargument ist insoweit die – strenge – zivilistische Rechtsprechung<sup>104</sup>, nach der etwa ein **Geschäftsbesorgungsvertrag**, der gegen § 1 RBerG oder § 5 StBerG verstößt, trotz § 139 2. Hs. BGB insgesamt nichtig ist. Denn hier ist es ja gerade so, daß der wirtschaftliche Erfolg des Vertrages vom (Rechts- oder Steuerberatungs-) Gesetz mißbilligt ist. Im Falle der **Strafverteidigung** ist das wegen der Autonomie des Beschuldigten gerade nicht der Fall. Doch selbst dann ist bei der Anwendung des § 139 1. Hs. BGB Zurückhaltung geboten, weil der Mandant ja nicht davon ausgehen kann, mit einem neuen (Wahl-) Verteidiger „besser zu fahren“, denn dieser wird im Zweifel wieder die Befolgung der nichtigen Weisung ablehnen und muß das wegen §§ 134, 138 BGB auch tun.
- 43** Einfallstor für das Berufsrecht ist zuletzt – und vor allem – **§ 276 BGB**. Über die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, deren Verletzung die Haftung wegen Fahrlässigkeit aus-

<sup>99</sup> Palandt-Heinrichs<sup>59</sup> § 138, 11.

<sup>100</sup> Palandt-Sprau<sup>59</sup> § 665, 3; genauer unten Rdn. 62.

<sup>101</sup> Palandt-Putzo<sup>59</sup> Vor § 611, 2 ff.

<sup>102</sup> So, wenn etwa in der Fallkonstellation BGH StV 1999 153 mit Anm. Lüderssen StV 1999 537 der Beschuldigte für beide Vertragspartner erkennbar gerade deshalb diesen Verteidiger gewählt hätte, weil jener in vergleichbaren Fällen gegenüber anderen Mandanten schon einmal konkrete Ratschläge zu einer unwarhen Einlassung erteilt hatte.

<sup>103</sup> S. BGH NJW 1986 2576; Palandt-Heinrichs<sup>59</sup> § 139, 14.

<sup>104</sup> LG Berlin vom 10.12.1993 – 2 O 122/93 (*juris*): „Ein unter Verstoß gegen § 5 StBerG geschlossener Geschäftsbesorgungsvertrag ist grundsätzlich auch dann insgesamt unwirksam, wenn er teilweise erlaubte Tätigkeiten umfaßt“.

löst, ist allerdings abgesehen von den Generalklauseln der §§ 43, 43a BRAO auch in der BORA – anders als früher in den RiAA – nicht viel gesagt. Dennoch wird man dort, wo es Regelungen gibt, auch für Einzelheiten auf die normierten Berufspflichten – mindestens im oben genannten Umfang<sup>105</sup> – abstellen müssen. Obwohl aber nach § 59b Abs. 2 Nr. 1, 6 BRAO ein „Mehr“ an Regelungsdichte möglich gewesen wäre, wurde diese Lösung von der Satzungsversammlung mit knapper Mehrheit verworfen. Nur zur **Rückgabe der Akten** und zur **Robenpflicht** sind im Vierten Abschnitt des Ersten Teils (§§ 19, 20 BORA) unter der Überschrift „Besondere Berufspflichten gegenüber Gerichten und Behörden“ Detailregelungen getroffen worden<sup>106</sup>. Erkauft hat man diese Zurückhaltung um den Preis, daß die Konkretisierung der berufsrechtlichen Generalklauseln weiterhin der Rechtsprechung überlassen bleibt<sup>107</sup>.

b) **Haftung**. Eine **Kasuistik der zivilrechtlichen Pflichten** – und der entsprechend sich daran knüpfenden **Haftung** – für das Recht der Strafverteidigung steht allerdings erst am Anfang<sup>108</sup>. Immerhin können schon Aufklärungs-, Prüfungs-, Beratungs- und Prozeßführungspflichten unterschieden werden. Als **Hauptpflicht des Verteidigers** wird man dabei – wie bei jedem Rechtsanwalt – zunächst seine Aufgabe ansehen müssen, die Interessen des Mandanten in jeder Richtung umfassend wahrzunehmen. Gestritten wird nun um die Frage, was hierunter im Einzelnen zu verstehen ist, aber auch um die **haftungsmäßigen Folgen** einer Pflichtverletzung. **44**

Nach § 675 BGB ist **kein Erfolg** geschuldet, sondern nur sachgerechte Verteidigung<sup>109</sup>. Die Fragen beginnen bei dem Katalog der Pflichten, die der Verteidiger verletzen könnte<sup>110</sup>; *G. Schäfer* meint – im Gegensatz zu *Krause*<sup>111</sup> – daß durchaus auch ein „von Weisungen abweichendes Verteidigerverhalten“ pflichtmäßig sein kann. Umgekehrt könne der Konsens mit dem Mandanten nicht immer die Pflichtwidrigkeit ausschließen<sup>112</sup>. Um die optimale Interessenverfolgung sicherstellen zu können, muß der Verteidiger im ersten Schritt den rechtlich zu prüfenden und zu bewertenden Sachverhalt umfassend in tatsächlicher Hinsicht erforschen und den Mandanten entsprechend befragen. Der um eine Beratung ersuchte Verteidiger ist danach zu einer **erschöpfenden rechtlichen Prüfung** und anschließend einer ausführlichen **Belehrung** des Mandanten über die **Rechtslage** verpflichtet. Hier hat er die Pflicht zu eingehender Unterrichtung über die einzelnen Gesichtspunkte und Umstände, die für das zukünftige Verhalten des Auftraggebers in der Angelegenheit entscheidend sein können, wobei Zweifel und Bedenken dargelegt und erörtert werden müssen. Darüber hinaus hat er während des gesamten Mandatsverhältnisses die generelle Pflicht, den Mandanten vor möglichen **Schäden** zu bewahren<sup>113</sup>. Es gilt daher generell auch für den Strafverteidiger der **Grundsatz des gefahrlosesten und sichersten Weges** zur Erreichung des für den Mandanten günstigsten Ziels<sup>114</sup>. **45**

<sup>105</sup> S. in Rdn. 37.

<sup>106</sup> Einzelheiten bei *Kleine-Cosack* NJW 1997 1260 f.

<sup>107</sup> *Zuck* ZRP 1997 279; *MDR* 1997 327.

<sup>108</sup> *Barton* (Mindeststandards) 268 ff (dazu auch *Wächtler* StV 1997 111) und *StV* 1991 324 mit einer Skizze der bisherigen spärlichen Kasuistik. Allg. zum Haftpflichtrecht *Hansens* NJW 1992 1353; *Rinsche* Haftung des Rechtsanwalts (1998).

<sup>109</sup> *G. Schäfer* Zur Frage der zivilrechtlichen Haftung des Verteidigers, in: Egon Müller-Symposion 63 (69).

<sup>110</sup> Vgl. *Daniel M. Krause* Die zivilrechtliche Haftung des Strafverteidigers, *NStZ* 2000 225 (226 ff) und *Schäfer* aaO.

<sup>111</sup> *Krause* *NStZ* 2000 229.

<sup>112</sup> *Schäfer* aaO 70 ff.

<sup>113</sup> *OLG Düsseldorf* StV 1986 212 zum Einspruch gegen einen Strafbefehl, mit dem das Gericht wegen § 411 Abs. 4 eine höhere Strafe verhängt hatte. Der Verteidiger wurde zum Ersatz des Differenzschadens verurteilt. Dazu auch *Zwiehoff* StV 1999 556.

<sup>114</sup> *BGH* NJW 1964 2403; *LG Berlin* StV 1991 312 für das Nichttrügen eines absoluten Revisionsgrundes. *Krit. Borgmann/Haug* § 21, 123.

- 46** Verletzt der Anwalt seine vertraglichen Pflichten gegenüber dem Mandanten, so haftet er nach den zivilrechtlichen Grundsätzen der **positiven Vertragsverletzung**, daneben gegebenenfalls aus Delikt (§ 823 BGB). Im zivilprozessualen Verfahren hat der Mandant allerdings die objektive Pflichtverletzung darzulegen und zu beweisen, und zwar gleichgültig, ob er ein Handeln oder ein Unterlassen des Anwalts beanstandet. Nach der haftungsrechtlichen Rechtsprechung hat der Verteidiger trotz der **Offizialmaxime** im Strafprozeß dabei auch eine Art von „**Richterfehlerverhütungspflicht**“<sup>115</sup>. Auch hat er sowohl die haftungsbegründende Kausalität wie die haftungsausfüllende zu beweisen, diese mit der Erleichterung des § 287 ZPO.
- 47** Dabei ist allerdings die Frage nach der Kausalität der schädigenden Handlung für die Rechtsgutsverletzung wegen § 244 Abs. 2 noch nicht überzeugend gelöst. Nicht zu übersehen sind aufgrund der Beweisschwierigkeiten des Mandanten wiederum (vgl. Rdn. 39, 58) gewisse Parallelen zum **Arzthaftungsprozeß** mit seiner abgestuften Beweislastumkehr für schwere Verstöße gegen die *lex artis*<sup>116</sup>. Eine Beweislastumkehr rechtfertigt sich nach dem kontrovers diskutierten Urteil des OLG Nürnberg<sup>117</sup> dabei aus dem Gedanken, daß die Vertragsverletzung des Verteidigers typischerweise mit dem beweisrechtlichen Risiko der Unaufklärbarkeit des Ursachenzusammenhangs verbunden ist. Der Zweck der von ihm verletzten Vertragspflicht sei deshalb auch darin zu sehen, beweisrechtlich Klarheit zu schaffen. Deshalb liege der Schutzzweck der verletzten Pflicht in diesen Fällen für den Verteidiger darin, dem Berechtigten die aufgetretene Beweisnot abzunehmen.
- 48** Die Annahme, daß der sicherste Weg – jedenfalls in der Tatsacheninstanz – in nicht wenigen Fällen gerade in einem Fehler des Gerichts liegen wird (§ 337), zeigt indes, daß sich hier eine überzeugende Kasuistik erst noch entwickeln muß. So ist für die apostrophierte Richterfehlerverhütungspflicht zwischen den einzelnen Verfahrensstufen zu differenzieren<sup>118</sup>. Die notwendige Folge in der Praxis ist daher die gestiegene Bedeutung vertraglicher Haftungsbeschränkungen<sup>119</sup>. Klar ist immerhin, daß es sich bei der Berufsausübung des Verteidigers nicht um eine **haftungsfreien Raum** handelt<sup>120</sup>.
- 48a** Zivilrechtlich gesprochen handelt es sich um das Problem der die **Haftung ausfüllenden Kausalität**. (Die haftungsbegründende Kausalität zwischen Handlung des Verteidigers und der Pflichtverletzung erscheint unproblematisch<sup>121</sup>.) Hier geht es um **hypothetische** Verläufe<sup>122</sup>. Deshalb stößt die Einordnung des Problems beim Schadensbegriff durch *Krause*<sup>123</sup> auf Bedenken.

<sup>115</sup> *Hartstang* 486, a. A. *Jahn* (Konfliktverteidigung) 258 f. Eine solche Pflicht konstatiert auch das umstrittene Urteil des OLG Nürnberg StV 1997 481 zu § 59 Abs. 1 Nr. 2a BeamtenVG mit Anm. *Barton* StV 1998 606. Der Verteidiger wurde wegen eines krassen Kunstfehlers im Bereich der Strafzumessung verurteilt, dem Kläger die entfallenen Bezüge nebst Beihilfeleistungen bis zum Erreichen des Altersruhegeldes und von diesem Zeitpunkt an die Differenz zwischen der Beamtenversorgung und den erhaltenen Rentenleistungen zu ersetzen.

<sup>116</sup> So auch *Jahn* StV 2000 432; *Zwiehoff* StV 1999 561 f.; *Barton* StV 1998 606. Eine Indiz für das Nichtvorliegen eines schweren Verstoßes gegen die *lex artis* soll dabei nach LG Berlin StV 1991 310 sein, daß ein dem Mandanten günstiges Judikat nicht in der Sammlung BGHSt veröffentlicht ist.

Diese Beschränkung, die in der Praxis aufgrund des expandierenden Marktes für Spezialliteratur zur Strafverteidigung dankbar aufgenommen wurde, ist indes rechtlich angesichts der fortschreitenden Ausdifferenzierung des Anwaltsmarktes und der berufsrechtlichen Etablierung des Fachanwalts für Strafrecht (§ 43c Abs. 1 BRAO in Verb. mit §§ 1 S. 2, 13 FachanwaltsO) heute nicht mehr vertretbar.

<sup>117</sup> OLG Nürnberg StV 1997 481.

<sup>118</sup> In diesem Sinne LG Berlin StV 1991 312 für das Nichttrügen eines absoluten Revisionsgrundes.

<sup>119</sup> Dazu v. *Westphalen* WiB 1997 1217.

<sup>120</sup> *Barton* StV 1998 607.

<sup>121</sup> *Krause* NStZ 2000 233.

<sup>122</sup> *Evelyn Kelnhofer* Hypothetische Ermittlungsverläufe im Strafprozeß (1994).

<sup>123</sup> *Krause* NStZ 2000 231.



Das beste wäre eine **Reproduktion des Strafverfahrens**. Das ist aber nicht möglich<sup>124</sup>. **48b**  
 Der Zivilprozeß müßte dann streckenweise in einen Strafprozeß verwandelt werden mit  
 Amtsmaxime etc. *Zwiehoff*<sup>125</sup> weist insbesondere auf die Fragen hin, die sich daraus  
 ergeben, daß die Einflußnahme bestimmter Verfahrensbeteiligter nicht simuliert werden  
 könne. Ferner macht sie auf weitere Probleme aufmerksam, die durch die unterschiedlichen  
**Beweiswürdigungsvorschriften** entstehen<sup>126</sup>. Im Zivilprozeß gehe es ja gar nicht um  
 die materielle Wahrheit, weil die Dispositionsmaxime gelte (gemeint ist wohl die Ver-  
 handlungsmaxime).

*Schäfer* meint, deshalb seien für den Regelfall unüberwindliche **prozessuale Hürden** **48c**  
 für eine erfolgreiche Klage gegen den Verteidiger wegen seiner Anwaltpflichtverletzung  
 aufgerichtet<sup>127</sup>. Man muß aber doch wohl genauer hinsehen. Es handelt sich um sorg-  
 fältig voneinander abzuschichtende Fragen. Zunächst kann man in diesem Falle mit  
*Schäfer*<sup>128</sup> erst einmal eine Reihe von Einwänden absondern, die sich auf Unterbrechung  
 des Kausalverlaufes beziehen. „Fehler des Gerichts ändern an der Kausalität von Feh-  
 lern des Verteidigers nichts“. Die Kausalität „wird nicht unterbrochen durch andere  
 Juristen, die dazwischen geschaltet werden, durch den Notar, durch weitere später ein-  
 tretende Verteidiger, die etwa ein Mandat übernehmen oder dadurch, daß das Mandat  
 von einem anderen Verteidiger übernommen wird“<sup>129</sup>. Bei der Frage der hypothetischen  
 Verläufe – also wie wäre der Prozeß ohne den Fehler verlaufen – verwendet die Recht-  
 sprechung (gemeint ist hier aber die Kasuistik der zivilistischen Anwaltschaft) „**einen**  
**normativen Schadensbegriff**: Die Haftung des Rechtsanwaltes findet im **Schutzbereich**  
 des **Anwaltvertrages** ihre Grenze. Der Regreßprozeß dient allein dazu, echte Rechtsver-  
 luste auszugleichen, nicht aber dazu, den Mandanten mittels eines Ersatzanspruchs  
 gegen den Rechtsanwalt etwas ‚Verlorenes‘ zuzusprechen, was ihm im Vorprozeß nur  
 unter Außerachtlassung der materiell-rechtlichen Lage zuteil geworden wäre (bzw. also  
 eine entgangene ihm günstige Fehlentscheidung)“<sup>130</sup>.

Eine weitere Einschränkung besteht darin, daß „für die Beurteilung, wie ein Gericht **48d**  
 im Vorprozeß (ohne den Anwaltsfehler) entschieden hätte, maßgeblich“ ist, „wie es nach  
 Auffassung des über den **Regreßanspruch erkennenden Gerichts richtigerweise hätte ent-  
 scheiden müssen**“<sup>131</sup>. Das bedeutet, daß die hypothetische Erwägung nicht dahingeht,  
 wie hätte das damalige Gericht, so wie es ohne den Fehler zu entscheiden dahineigt ge-  
 wesen sein könnte, entschieden. Das wäre ja schlechterdings auch nicht rekonstruierbar,  
 auch in Bezug auf Zivilprozesse nicht. Probleme treten ferner in Bezug auf den Umfang  
 auf: Der Verteidiger hat ja nicht alles falsch gemacht; man muß also den Anteil des  
 Strafprozesses, der richtig gewesen wäre – ohne den Fehler – wieder einsetzen. Bei dem  
 „Ersatz“ für die Freiheitsstrafe geht es also unter Umständen nur um Teile.

**Beweiserleichterungen** können einmal kommen über § 287 ZPO: Weitgehender **48e**  
**Ermessensvorbehalt** bei der Feststellung, „ob ein Schaden entstanden sei und wie hoch sich  
 der Schaden oder ein zu ersetzendes Interesse belaufe“. Schließlich werden Verfahren  
 der **Beweislastumkehr** vorgeschlagen – im Anschluß an Arzthaftungsprozesse bei groben  
 Behandlungsfehlern<sup>132</sup>.

Wegen aller dieser Schwierigkeiten ist eine Regelung erwogen worden, die auf den **48f**  
**Nachweis der Kausalität verzichtet** (also nicht etwa auf den Nachweis des Schadens –

<sup>124</sup> *G. Schäfer* in: Egon Müller-Symposion 73.

<sup>125</sup> *Zwiehoff* StV 1999 555 (560).

<sup>126</sup> *Zwiehoff* aaO 560.

<sup>127</sup> *G. Schäfer* aaO 73.

<sup>128</sup> *G. Schäfer* aaO 73.

<sup>129</sup> *G. Schäfer* aaO 73 (diese Formulierung findet sich  
 nur im Manuskript des Texts [141]).

<sup>130</sup> *Krause* NSTZ 2000 231.

<sup>131</sup> *Krause* aaO.

<sup>132</sup> *Zwiehoff* StV 1999 559.

begrifflich scheint das aber gelegentlich durcheinander zu gehen). Dabei ist die Überlegung maßgeblich, daß es Pflichtverletzungen gibt, „deren Mißachtung die Gefahr eines negativen Ausgangs des Strafverfahrens nahelegt“<sup>133</sup>. Die Eingrenzung geschieht durch die Auflistung der groben Fehler. Parallelen zu solchen Beweiserleichterungen gibt es ja auch dort im Strafrecht, wo man für den Zusammenhang zwischen Fahrlässigkeit und Erfolg mit **Vermutungen** arbeitet, bezogen auf das **Nicht-Abarbeiten eines bestimmten Pflichtenkataloges**. Was die Beweislastumkehr angeht, so gibt es einen „Richtlinienvorschlag der EG-Kommission über die Haftung bei Dienstleistungen“<sup>134</sup>, wonach „die Beweislast für die *fehlende* Kausalität dem Dienstleistenden aufgebürdet“ wird. „Zwar wurde dieser Richtlinienvorschlag wieder zurückgenommen; jedoch weist er in eine Richtung, in die sich die weitere Entwicklung bewegen dürfte“<sup>135</sup>.

**48g** Die Entscheidung des OLG Düsseldorf<sup>136</sup> bezieht zum ersten Mal die **Pflichtverteidigung** in die Betrachtungen ein. Dabei ergibt sich *ein* Problem bereits daraus, daß der Pflichtverteidiger ja nur seine Pflichtverteidigergebühren bekommt. Die haftungsrechtliche Gleichbehandlung ist also problematisch. Das Gericht kann als Grundlage den Geschäftsbesorgungsvertrag nicht annehmen, weil es bei der Pflichtverteidigung in der Regel keine vertraglichen Beziehungen gebe. Bezeichnend ist aber, daß es sich daraufhin nun „auf die Hilfskonstruktion eines gesetzlichen Schuldverhältnisses“ beruft<sup>137</sup>, eine zweifellos privatrechtliche Denkform. Fernliegend ist allerdings die konkretisierende Parallele zum Vormundschaftsrecht<sup>138</sup>. Man darf das gesetzliche Schuldverhältnis nicht mit dem **aufgezwungenen Vertragsverhältnis** verwechseln<sup>139</sup>.

**48h** Neuerdings wird die Meinung vertreten<sup>140</sup>, die Vertragstheorie für die Pflichtverteidiger müsse noch dahingehend korrigiert werden, daß der Vorsitzende als Vertreter des Beschuldigten agiere. Entweder als gesetzlicher Stellvertreter (wenn der Beschuldigte nicht mitwirkt) oder als rechtsgeschäftlicher Vertreter des Beschuldigten, wenn dieser den Hinweis auf einen bestimmten Pflichtverteidiger gegeben hat<sup>141</sup>. Die **Entwicklung der Haftungsfragen bei Pflichtverteidigern begünstigt die Vertragstheorie**. Deren Bedeutung wird also in dem Maße gestärkt werden und die Organtheorie zurücktreten lassen, wie **Haftungsprozesse gegen Pflichtverteidiger** zunehmen. Zusammenfassend läßt sich also sagen, daß die „Anerkennung und Ausbildung einer **berufsspezifischen Verteidigerhaftung** dazu beitragen“ kann, „**Qualitätsstandards** für die Verteidigungstätigkeit zu gewährleisten. Daß dies in Zeiten eines immer komplizierter werdenden Strafprozesses um der Rechte der Mandanten willen grundsätzlich wünschenswert ist, bedarf keiner eingehenden Begründung“<sup>142</sup>.

**49** Ob es jenseits des Berufsrecht auch noch anwaltliches **Gewohnheitsrecht** mit die Tätigkeit des Strafverteidigers *beschränkender* Wirkung geben darf, wie in der 24. Aufl. (Vor § 137, 39) vertreten wurde, ist vor dem Hintergrund der geänderten Verfassungs-

<sup>133</sup> *Zwiehoff StV 1999* 561.

<sup>134</sup> 1999, Nachweis bei *Zwiehoff StV 1999* 561 Fußn. 80.

<sup>135</sup> *Zwiehoff StV 1999* mit Nachw. in Fußn. 82.

<sup>136</sup> OLG Düsseldorf StV **2000** 430.

<sup>137</sup> *Jahn* (Konfliktverteidigung) 243 ff.

<sup>138</sup> Dazu *Jahn StV 2000* 430.

<sup>139</sup> *Jahn JR 1999* 3 ff.

<sup>140</sup> *Jahn StV 2000* 430.

<sup>141</sup> Genauer *Jahn StV 2000* 430: „Im Fall des § 142 Abs. 1 Satz 2 StPO gibt der Vorsitzende eine *eigene* Willenserklärung im Namen des Beschuldigten ab,

weil er nach der Konzeption des Gesetzes im Einzelfall prüfen muß, ob die Bestellung des bezeichneten Verteidigers wichtige Gründe i. S. d. § 142 Abs. 1 Satz 3 StPO entgegenstehen“. Ausführlicher *JR 1999* 3 ff und *ders.* (Konfliktverteidigung) 242 ff.

<sup>142</sup> *Krause NSTz 2000* 225 ff (234). Im Berufsrecht sind also auch die Quellen für die „Mindeststandards“, deren Relevanz als erster *Barton* systematisch und differenziert dargelegt und konkretisiert hat (49 ff, 87 ff, 221 ff, 293 ff) zu suchen, nicht in der öffentlich-rechtlichen Komponente (s. dazu genauer unter Rdn. 102).

rechtslage fraglich<sup>143</sup>. Die Zurückhaltung der Satzungsversammlung spricht wohl eher dagegen. Reduziert man diesen Bereich allerdings auf die **Rechtsüberzeugung der Berufsgenossen**, („es muß aber jeder für sich entscheiden, ob er es bei diesem rechtlichen Minimalstandard beläßt oder seine Berufsausübung an einem zweiten, anspruchsvolleren Ethos der Strafverteidigung ausrichtet“<sup>144</sup>), so bleibt angesichts eines heute kaum mehr attestierbaren *einheitlichen* Berufsbildes des Strafverteidigers für ein solches Supra-Gewohnheitsrecht kein Anwendungsbereich mehr übrig. Die Grundregeln der *lex artis* berührt das nicht. Sie gehören ohnehin zu den die Berufsausübung des Strafverteidigers regelnden Schranken des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG<sup>145</sup>.

c) **Weisungen**. Der allgemeine Satz, daß die objektive Sorgfaltspflicht des Verteidigers – ausgefüllt durch das Berufsrecht – die vertragliche Beziehung zum Mandanten bestimmt<sup>146</sup>, löst indessen noch nicht das Problem, in welchem Maße sich der Verteidiger dabei vom Mandanten unabhängig fühlen darf. Zur objektiven Sorgfalt, zu der ein Anwalt verpflichtet ist, gehört auch, daß er die **Weisungen des Mandanten** aufmerksam beachtet. Das ergibt sich bereits als Umkehrschluß aus § 665 BGB, außerdem aus der Aufgabe, den Mandanten i. S. d. § 1 Abs. 3 BORA vor Rechtsbeeinträchtigungen „zu bewahren“, was wohl kaum gegen dessen Willen denkbar sein kann. Wieviel insofern noch weiterer Klärung bedürftig zu sein scheint – kein Zweifel jedenfalls besteht daran, daß es Weisungen durch den Auftraggeber gibt, die nicht dem Berufsrecht entsprechen, gleichviel wie man das Berufsrecht im einzelnen auslegt. **50**

Das Interesse muß sich daher auf die Frage konzentrieren, wie der Strafverteidiger mit diesen Weisungen umzugehen hat. Praktisch wird das nur, wenn dem Verteidiger die Weisungen nicht gefallen, etwa weil seine **Konzeption** der Verteidigung von der des Mandanten **abweicht**. Gebietet die Pflicht zur objektiven Sorgfalt i. S. d. § 276 BGB dem Verteidiger, daß er seine eigene Konzeption verfolgt oder daß er der Konzeption des Mandanten zur Durchsetzung verhilft? Muß also der Verteidiger den Willen des Beschuldigten respektieren, sich unschuldig verurteilen zu lassen<sup>147</sup>? Muß er die Verhandlungsunfähigkeit des Mandanten verschweigen, wenn dies der Mandant in freiverantwortlicher Entscheidung wünscht? Muß er in *jedem* Fall die Rechtsmittel-einlegung umsetzen helfen<sup>148</sup>. **51**

Nach der **Grundregel des § 665 BGB** sind Abweichungen von den Weisungen des Auftraggebers nur gestattet, wenn der Beauftragte – also der Strafverteidiger – den Umständen nach annehmen darf, daß der Auftraggeber bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen würde. Kommt es zu einer rechtlichen Aufklärung, so gibt die Entschließung des Auftraggebers den Ausschlag. Daß der Verteidiger auf diese Entschließung durch entsprechende Begründungen für seine Konzeption einwirken kann, ist klar, ändert aber nichts daran, daß bei verbleibender Divergenz die Weisung des Auftraggebers den **Vorrang** hat<sup>149</sup>. Man muß dabei Ausschau halten nach Berufsregeln, die **52**

<sup>143</sup> Vgl. nur KG NJW 1989 2894: „Das BVerfG hat (...) Bedenken gegen die Heranziehung der Richtlinien des anwaltlichen Standesrechts zur Feststellung der Standeswidrigkeit erhoben; dies muß zunächst auch für die aus der Standeswidrigkeit abgeleitete Sittenwidrigkeit gelten“. A.A. *Taupitz*: NJW 1989 2872.

<sup>144</sup> *Dahs* (Hdb.)<sup>6</sup> 36.

<sup>145</sup> Zu dieser Dogmatik ausführlicher *Jahn* (Konfliktverteidigung) 157 ff.

<sup>146</sup> Dazu BGH NSZ 1995 393 und ausführlich *Knie-meyer* 111 ff.

<sup>147</sup> Dafür AK-*Stern* Vor § 137, 52, a. A. *Hammerstein* NSZ 1990 264.

<sup>148</sup> Dafür wiederum AK-*Stern* Vor § 137, 52.

<sup>149</sup> A. A. BGHSt 39 313; 38 114; 13 343; OLG Celle NJW 1989 992; *Beulke* (Verteidiger) 71; *A. Müller* JR 1996, 127; *Vehling* StV 1992 86; *Welp* ZStW 90 (1978) 820; *Dümmel* FS Pfeiffer 275; *Dahs* (Hdb.)<sup>6</sup> 28; KK-*Laufhütte*<sup>4</sup> Vor § 137, 4; s. auch BVerfG NJW 1995 1952.

nach den oben wiedergegebenen, von *Dahs*<sup>150</sup> beschriebenen Grundsätzen doch (schon oder wieder) gelten.

- 53** Eine entsprechende *communis opinio* ist allerdings derzeit nicht feststellbar. Vielmehr sind die Auffassungen darüber, wie man sich, um eine ordentliche Strafverteidigung, das heißt eine Strafverteidigung nach der *lex artis* des **anwaltlichen Berufsstandes**, führen zu können, mit dem Mandanten arrangieren muß, schon immer sehr unterschiedlich gewesen<sup>151</sup>.
- 54** In dieser offenen Situation können sich die Strafverteidiger nur helfen, wenn sie die **Auswirkungen mangelnder Verständigung** mit dem Mandanten auf das Vertragsverhältnis<sup>152</sup> jeweils genau überblicken.
- 55** Die Absicherungen beginnen mit der **Anbahnung** des Vertragsverhältnisses. Ein Strafverteidiger, der Grund zu der Annahme hat, seine Unabhängigkeit könnte im Verlauf des ihm angedienten Mandats Beeinträchtigungen ausgesetzt sein, wird die zu erwartenden Probleme vorher klären und – gegebenenfalls – von einer Übernahme des Mandats absehen. Viele Konfliktfälle werden auf diese Weise vermieden, weil schon die ersten Gespräche zwischen dem Strafverteidiger und seinem möglichen Mandanten sich auf die Konzeption der Verteidigung zu beziehen pflegen und unterschiedliche Auffassungen deutlich gemacht werden können. Erfolgt keine Einigung, so wissen die Beteiligten, woran sie sind.
- 56** Wollen sie trotzdem, daß die **Beauftragung** zustande kommt, so können sie – im Zweifel zu Beweis Zwecken schriftlich – festlegen, bis zu welchen Grenzen sie jeweils dem anderen gestatten, seiner Verteidigungskonzeption den Vorrang zu geben.
- 57** Der Fall, daß der Mandant auf sein **Weisungsrecht verzichtet** und alles dem Verteidiger überläßt, ist einfach. Die §§ 138, 134 BGB markieren die Scheidelinie. Einen schrankenlosen Freibrief für den Verteidiger stellt der Mandant dabei nicht aus. Auch hier ist ergänzend und veranschaulichend an die Grenzen der Einwilligung des Patienten in die ärztliche Heiltätigkeit zu denken.
- 58** Schwieriger liegt der umgekehrte Fall. Der Verteidiger willigt ein, auf eine **eigene Verteidigungskonzeption** ganz oder teilweise zu **verzichten** und sich dementsprechend nach den Weisungen des Mandanten zu richten. Die Parallelen zum Arztrecht sind seltener. Signifikant ist die Situation, in die ein Zahnarzt geraten ist, dem eine Patientin angeschlossen hat, er möge ihr sämtliche Zähne ziehen, weil sie ständig unter Kopfschmerzen leide<sup>153</sup>.
- 59** Enthält der Vertrag zwischen Verteidiger und Mandanten nicht Details der in Rdn. 56 skizzierten Art – etwa weil beide Seiten an die mögliche **Konkurrenz von Verteidigungskonzeptionen** nicht gedacht haben – und treten nun während des Mandatsverhältnisses diese Konkurrenzen erst auf, so gilt das gesetzliche Vertragsrecht. Das

<sup>150</sup> *Dahs* (Hdb.)<sup>6</sup> 36.

<sup>151</sup> Man vergleiche etwa die unter der Überschrift „Der Verteidiger und sein Mandant zwischen Identifizierung und Distanzierung“ formulierten Thesen des Strafverteidigertages in Hamburg 1978 (DuR 1978 365) mit den – zweifellos ebenfalls in Anwaltskreisen eine positive Resonanz findenden – Ausführungen von *Beulke* (Verteidiger) 129 ff und *Hanack* ZStW 93 (1981) 561 ff.

<sup>152</sup> Dieses muß gegebenenfalls den sich ändernden Prozeßlagen laufend angepaßt werden. Die praktischen

Schwierigkeiten, die das bereitet, könnten durch eine allmählich sich bildende (möglicherweise durch variierende Muster- und Modellvorschläge – ein reiches Arbeitsgebiet für die Berufsvertretungen – formalisierte) Routine der Vertragsgestaltung aufgefangen werden (dazu krit., aber zugleich anregend *Müller-Dietz*: Unveröffentlichter Diskussionsbeitrag beim Egon Müller-Symposium 1998, Mitschrift S. 106).

<sup>153</sup> BGH NJW 1978 1206; dazu *Horn* JuS 1979 29 ff mit weit. Nachw.

heißt, der Verteidiger ist – wenn er den Vertrag aufrechterhalten will – an die (ihn jetzt störenden) Weisungen des Mandanten gemäß § 665 BGB gebunden.

Allerdings muß dem Verteidiger wegen seiner Sach- und Fachkenntnisse ein gewisser **eigenverantwortlicher Entscheidungsspielraum** verbleiben<sup>154</sup>. Ist er nicht gegeben, weil der Mandant den Verteidiger unter Druck setzt, ist zu fragen, ob sich dieser Raum für Eigenverantwortlichkeit auf das „Ob“ oder das „Wie“ der Verteidigung bezieht, denn auch für das zivilrechtliche Mandat ist anerkannt<sup>155</sup>, daß – wenn die Partei den Grundauftrag erteilt hat – der Anwalt zweckmäßigerweise die Art und Weise der Durchführung des Grundauftrages (Klageerhebung, Rechtsmitteleinlegung usw.) bestimmt. Dies gilt entsprechend auch für die Strafverteidigung. Das Weisungsrecht des Mandanten ist also solange unproblematisch, wie für die Entscheidung über das „Wie“ der **Zielerreichung** dem Verteidiger noch Raum für eigenverantwortliche Entscheidungen verbleibt, also etwa im Hinblick auf den Zeitpunkt des Stellens (oder Nichtstellens) prozessualer Anträge, ihre Formulierung oder die Einzelheiten der Interaktion mit den anderen Prozeßbeteiligten. Überschreiten Weisungen des Mandanten die hier getroffene Grenzziehung, schreibt er also dem Verteidiger das „Ob“ und „Wie“ der Erreichung des Verteidigungsziels vor, kann in Fällen unversöhnlicher Gegensätze nur noch die Kündigung des Mandatsvertrags innerhalb der durch das Dauerschuldverhältnis begründeten gegenseitigen Treupflicht die Folge sein (§ 627 Abs. 1 BGB)<sup>156</sup>.

Ist der **Spielraum** hingegen noch gegeben, bleibt es bei der Grenze der zivilrechtlichen Generalklauseln. Verlangt der Mandant danach etwas, das – wenn es Gegenstand des Vertrages geworden wäre – diesen gemäß §§ 138, 134 nichtig gemacht hätte, so braucht es der Verteidiger nicht zu tun; der Mandant darf vom Verteidiger nicht verlangen, wozu dieser sich **nicht wirksam verpflichten** kann<sup>157</sup>.

Soweit die vom Mandanten gegen seinen Willen nahegelegte Verteidigungskonzeption nicht gegen die §§ 134, 138 BGB verstößt, muß der Verteidiger sie akzeptieren. Das klingt bedrohlicher für den auf seine **Unabhängigkeit** bedachten Verteidiger, als es ist. Denn wenn ihm die neue, vom Mandanten gewünschte Richtung nicht paßt, so kann er ebenfalls gemäß **§ 627 BGB** jederzeit das Vertragsverhältnis kündigen (oben Rdn. 35). Mit Blick auf die Honorarsituation mag das im Einzelfall schwierig sein. Indessen ist dem Verteidiger soviel Lebenserfahrung zuzutrauen, daß er die Möglichkeit späterer Divergenzen voraussieht und – bei Unsicherheit des Mandanten – Vorauszahlungen (§ 17 BRAGO) verlangt. Sollte aber das Problem darin bestehen, daß wegen der mit Blick auf die weiteren, nunmehr vielleicht entfallenen Honorare eben die Entscheidung schwerfällt, das **Vertragsverhältnis zu beenden**, so werden Bedingungen der Unabhängigkeit des Verteidigers vom Mandanten sichtbar, die nichts mit seiner rechtlichen, sondern mit seiner (mehr oder weniger durch die Lage des Berufsstandes determinierten) ökonomisch-berufsethischen Stellung<sup>158</sup> etwas zu tun haben.

Problematisch bleiben allein die Fälle, in denen der Verteidiger, auch wenn er nicht mehr will, das Mandat fortführt, weil er anderenfalls dem Mandanten schweren Schaden zufügen würde. Diese Fälle sind bekannt unter dem Stichwort „**Niederlegung zur Unzeit**“.

Das gilt allerdings nicht für den Fall (der Niederlegung zur Unzeit), daß beim Gericht der schwer widerlegliche Eindruck hervorgerufen werden kann, der Verteidiger sei nun

<sup>154</sup> Staudinger-Martinek<sup>13</sup> § 675, C 27; Jahn (Konfliktverteidigung) 252.

<sup>155</sup> Borgmann/Haug § 22, 128.

<sup>156</sup> Jahn (Konfliktverteidigung) 253.

<sup>157</sup> Hier endet auch das „Vertrauen“ (vgl. Lüderssen in: Egon Müller-Symposium 51).

<sup>158</sup> Dazu Prütting AnwBl. 1994 319; Zahrt BRÄK-Mitt. 1993 73; Hammerstein NSZ 1990 262.

selbst nicht mehr von der Unschuld seines Mandanten überzeugt. Es ist jedoch wenig wahrscheinlich, daß ein Verteidiger oft in diesen **Zwiespalt** gerät. Die Möglichkeiten, durch **rechtzeitige Absprachen** derartige Entwicklungen zu verhindern, sind mannigfaltig<sup>159</sup> und können eigentlich nur Berufsanfängern verborgen bleiben. Sie zu schützen, sind andere Vorkehrungen erforderlich und ausreichend als die, jenseits des Vertragsrechts Stützen für die Unabhängigkeit des Verteidigers vom Mandanten zu errichten.

**65** Dies ist die Rechtslage, solange im Berufsrecht nicht andere Maßstäbe, die über § 276 BGB als Merkmale der objektiven Sorgfalt in das allgemeine Vertragsrecht eingehen, ausgebildet werden (was, wie dargelegt worden ist, nicht zwingend erforderlich ist). Die entsprechende Bestimmung in der BORA könnte etwa dahingehend lauten, daß der Verteidiger bei **Nichtübereinstimmung seiner Verteidigungskonzeption mit der des Mandanten** (das Gleiche gilt für Divergenzen im Bezug auf die Strategie einzelner Verteidigungshandlungen) das Mandatsverhältnis nur fortsetzen darf, wenn er dem Mandanten nicht nachgibt.

**66** Ein solches – Weisungen (wenn sie nicht zur Einigung führen) ausnahmslos verbietendes – Berufsrecht könnte im Verhältnis zum Mandanten natürlich in dem Maße **abbedungen** werden, wie Freizeichnungen von der Haftung möglich sind<sup>160</sup>. Der Verteidiger hätte in diesem Falle abzuwägen zwischen den Nachteilen, die ihm durch die **Auflösung des Vertragsverhältnisses** (deren Möglichkeit von der angedeuteten Änderung des Berufsrechts unberührt bliebe) drohen und denen, die mit der **Verletzung des Berufsrechts** verknüpft sein würden. Die Gefahr, daß eine berufsrechtlich gewünschte **vollkommene Unabhängigkeit** des Verteidigers von den Weisungen des Mandanten unterlaufen würde, weil die Verteidiger das Risiko berufsrechtlicher Maßregelung vielleicht leichter nehmen als den Verlust eines Mandanten, dürfte à la longue gering sein. Es müßte sich schon um einen Mandanten handeln, nach dessen Vertretung der Verteidiger weitere Mandanten auf absehbare Zeit nicht mehr braucht, so daß er eine berufsgerichtlich verfügte Einschränkung seiner Tätigkeit ohne weiteres hinnehmen könnte – sicher ein Ausnahmefall, den man nicht zur Basis zusätzlicher Vorkehrungen machen sollte.

**67 d) Vertragsprinzip und Pflichtverteidigung.** Die Frage ist, ob diese eindeutige Struktur der Beziehung zwischen Wahlverteidiger und Beschuldigtem maßgebend ist für die Stellung des Verteidigers schlechthin, oder aber, ob daraus, daß ein **Pflichtverteidiger** bestellt werden kann, der Schluß auf eine andere Konzeption des Gesetzes zu ziehen ist. Die Regelung der Wahlverteidigung und der Pflichtverteidigung zusammen in einem Abschnitt ist indes, was die Beantwortung der Frage außerordentlich erschwert, auf dreifache Weise **mißglückt**:

**68 aa)** Wahlverteidigung und Pflichtverteidigung sind, obwohl sie die gleichen Aufgaben haben<sup>161</sup>, **nicht harmonisiert** geregelt.

**69 bb)** Im Rahmen der notwendigen Verteidigung wird zwischen derjenigen, die aus Gründen der Armut des Mandanten stattfinden muß, und derjenigen, die wegen eines

<sup>159</sup> Anschauliche Beispiele mit überzeugenden Lösungsvorschlägen bei *Salditt* in: Egon Müller-Symposium 25 ff.

<sup>160</sup> Instruktiv dazu *Deutsch VersR* 1974 303.

<sup>161</sup> Sehr klar und eindeutig i. d. S. jetzt – unter Hinweis auf Art. 3 Abs. 1 GG – BVerfG StV 2001 601 (602); irritierend *G. Wolf*: „selbstverständlich“ enthalte die StPO „zwei unterschiedliche Typen von Verteidigung“ (weshalb man die Stellung des Verteidigers nicht allein aus der Wahlverteidigung ableiten dürfe

[57]). Andererseits: „Das Gesetz bietet keine Möglichkeit, zwischen der Rechtsstellung des notwendigen und des nicht notwendigen Verteidigers zu unterscheiden“ (207). Zutreffende Akzenturierung hingegen bei *Rzepka* 200. Zu Mißverständnissen einladend allerdings der Hinweis auf das „Interesse der Rechtspflege“ in Art. 6 Abs. 3 Buchst. c EMRK. Damit sind aber eigentlich nur die Mißbrauchsfälle gemeint (vgl. die Erläuterungen bei *Rzepka* 69).

Autonomiedefizites aufgezwungen wird, nicht unterschieden<sup>162</sup>. Nicht jeder, der eine Pflichtverteidigung wünscht, hat ein Autonomiedefizit; fast immer ist die Armut das Motiv<sup>162a</sup>.

cc) Die Pflichtverteidigung ist unter dem Aspekt der Armenrechtsregelung viel zu eng (zu wenige Beschuldigte fallen darunter), unter dem Aspekt des Zwanges, zu weit. (Zu vielen wird das Autonomiedefizit – wenn ihnen gegen ihren Willen ein Verteidiger aufgezwungen wird – unterstellt). Aus der Tatsache, daß man bei einer ganz **kleinen Gruppe von Zwangsverteidigern** innerhalb der notwendigen Verteidigung ohne weiteres nicht vom Vertragsverhältnis sprechen kann, darf also nichts für die anderen Gruppen der notwendigen Verteidigung gefolgert werden<sup>163</sup>. Vielmehr ist die kleinere Gruppe eher ein zu vernachlässigender Faktor. Im übrigen muß man versuchen, auch die Zwangsverteidiger durch eine **nachträgliche Etablierung eines Vertragsverhältnisses** den übrigen Verteidigern anzunähern. Das ist keineswegs ausgeschlossen, weil die Beschuldigten, die den Verteidiger zunächst nicht wollen, später meistens anders darüber denken, wenn nur erst – sofern die Pflichtverteidigung den richtigen Weg nimmt – die Beziehung aufgebaut ist.

Nach herrschender Auffassung<sup>164</sup> indessen sind weder die Begründung noch die Beendigung der Beziehungen zwischen Beschuldigtem und Pflichtverteidiger den **Regeln der Privatautonomie** unterworfen. Bestellung und Abberufung eines Pflichtverteidigers seien nach Inhalt und Qualität vielmehr einem **begünstigenden Verwaltungsakt** (§ 35 VwVfG) und seinem Widerruf (§§ 49 f VwVfG) zu vergleichen<sup>165</sup>. Dies sei Voraussetzung dafür, daß der Verteidiger effektiv in die von der Strafprozeßordnung zugeordnete, amtsähnliche Rechtsstellung<sup>166</sup> eintreten könne. Dieser Gedanke ist eng mit der Vorstellung von der Seriosität des Strafverteidigers verbunden<sup>167</sup>. Zivilrechtliche Vorschriften seien auf den Mandatsvertrag daher nur bedingt anwendbar. Jedenfalls über die Generalklauseln des Zivilrechts finde öffentliches Recht in Gestalt der wertbildenden Normen des Grundgesetzes in die Vertragsbeziehung Eingang<sup>168</sup>.

Für die **öffentlich-rechtliche Komponente** gibt es in den §§ 137 ff keinen Anknüpfungspunkt<sup>169</sup>. Die Vorschriften, welche die Ausschließung des gewählten Verteidigers ermöglichen, sagen – negativ – etwas über die Fähigkeit, ein anerkennungsfähiger Vertragspartner des Beschuldigten zu sein; ebenso wie das – positiv – die Regeln tun, welche die Fähigkeit eines Verteidigers, vom Beschuldigten wirksam gewählt zu werden, daran knüpfen, daß er als Anwalt zugelassen oder Hochschullehrer ist. Solche Begrenzungen des freien Vertragsschlusses finden sich an vielen Stellen unserer Rechtsordnung, etwa im Bezug auf Ärzte, Apotheker etc. Auch **§ 1 Abs. 3 BORA** betont die Schutzfunktion

<sup>162</sup> Eine Ausnahme findet sich dort, wo die Strafprozeßordnung offenbar nicht so weit gehen möchte, jemandem einen Verteidiger aufzuzwingen; § 364b Abs. 1 Nr. 3 (Armut erforderlich).

<sup>162a</sup> Dies verkennt LR-Rieß Einl. I 109 und schwächt auf diese Weise die Überzeugungskraft seiner an sich sorgfältig differenzierenden Argumentation.

<sup>163</sup> Vgl. auch Jahn JR 1999 5.

<sup>164</sup> Vehling StV 1992 87; Eisenberg NJW 1991 1258; Schnarr NStZ 1986 489; Roxin<sup>25</sup> § 19, 4; Hanack Grundlagen und Inhalt der „öffentlich-rechtlichen Komponente“ des Mandatsverhältnisses zwischen Beschuldigtem und Verteidiger (unveröffentlichtes Manuskript 1980).

<sup>165</sup> BVerfG NStZ 1998 46; BVerfGE 39 244; Weigend NStZ 1997 48; Hilgendorf NStZ 1996 1; Ehrlicher NStZ 1995 357.

<sup>166</sup> Liemersdorf MDR 1989 204; Pfeiffer DRiZ 1984 342 und schon BVerfGE 38 119 (zu Recht krit. zu dieser Formulierung aber Achim Krämer NJW 1975 849; Waldowski NStZ 1984 449).

<sup>167</sup> Roxin FS Hanack 13; Wahle FS Hanack 115; Hanack aaO.

<sup>168</sup> Barton 288; StV 1990 238.

<sup>169</sup> Lüderssen StV 1998 353; StV 1998 357; LR-Lüderssen Einl. L 40; Jahn (Konfliktverteidigung) 238 ff; JR 1999 2 f.

des Verteidigers für den Mandanten. Die Kategorie der Verteidigerseriosität ist zudem nicht ohne weiteres operationalisierbar<sup>170</sup>.

- 72a** Erst recht kann die öffentlich-rechtliche Komponente nicht aus der Praxis einiger Gerichte abgeleitet werden, neben der **Wahlverteidigung eine Pflichtverteidigung** anzuordnen, weil sie vermuten, daß der Wahlverteidiger nicht hinreichend um die im öffentlichen Interesse liegenden Verfahrensziele bemüht sein wird (anders liegt es natürlich, wenn wegen der Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage mehr als ein Verteidiger erforderlich ist und der Beschuldigte nur einen Verteidiger bezahlen kann, vgl. § 141, 38 f), denn diese Praxis entbehrt ja gerade der Legitimation<sup>171</sup>. Schließlich müßten für die Ansprüche des Beschuldigten auf Schadensersatz die Grundsätze des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte angewendet werden<sup>172</sup>. Dieser Unterschied zur Wahlverteidigung bei der immer bedeutsameren **Haftungsfrage** (oben Rdn. 44 ff) wäre kaum zu rechtfertigen. Die **Gleichheit** zwischen **Wahlverteidigung** und **Pflichtverteidigung** kann also nur von der Wahlverteidigung aus gestiftet sein; damit steht fest, daß das Vertragsprinzip Vorrang hat.
- 73** Die Konzentration auf das **Interesse des Mandanten** ergibt sich schließlich vor allem aus der im Vordringen begriffenen Konzeption des auf Art. 2 Abs. 1 GG gestützten Grundrechts auf Verteidigerbeistand<sup>173</sup>. „Der Verteidiger verhilft den Beschuldigten zur Wahrnehmung seiner Rolle als selbständiger Verfahrensbeteiligter neben den anderen Beteiligten, der, um Übergriffe anderer Verfahrensbeteiligter abzuwehren und selbst aktiv auf Gang und Ergebnis des Verfahrens Einfluß zu nehmen, letztendlich weder der Fürsorge des Gerichts, noch der Unterstützung der Staatsanwaltschaft (...) bedarf. Er ist somit Ausdruck der Autonomie des Beschuldigten“<sup>174</sup>. In Art. 6 Abs. 3c EMRK und Art. 14 Abs. 3d IPBPR, wonach der Beschuldigte das Recht hat, „den Beistand eines Verteidigers seiner Wahl zu erhalten“ bzw. sich „durch einen Verteidiger seiner Wahl verteidigen zu lassen“, findet diese Position ihre konkrete Ausprägung<sup>175</sup>.
- 74** Die **Bestellung** des vom Beschuldigten nicht abgelehnten oder sogar erbetenen Pflichtverteidigers spricht nicht gegen diese Konzeption. Zunächst ist auf die damit eingetretene Wirkung abzustellen. Sie besteht darin, daß der bestellte Pflichtverteidiger gegenüber dem Mandanten die **Position eines Vertragspartners** einnimmt. Er bewegt sich, ist er einmal bestellt, faktisch in demselben Rahmen wie der Wahlverteidiger. Das geht schon daraus hervor, daß er sich – fast immer – (zusätzlich) durch den Beschuldigten bevollmächtigen läßt (und sei es auch nur, um in bezug auf die Freiheit, bestimmte Prozeßhandlungen vornehmen zu können, etwa Revisionseinlegung, sicher zu gehen). Längst sind die Gerichte bezeichnenderweise dazu übergegangen, sich von den Pflichtverteidigern Vollmachten vorlegen zu lassen.
- 75** Deshalb dürfte es den tatsächlichen Verhältnissen am ehesten entsprechen, wenn man den Akt der Bestellung als ein hoheitlich eingeleitetes Vertragsverfahren zwischen Beschuldigtem und Verteidiger interpretiert (genauer § 141, 1 ff). Dafür spricht die durch das StVÄG 1987 eingeführte Regelung des § 142, wonach (eine Konsequenz aus jahrelanger Übung) dem Beschuldigten Gelegenheit gegeben werden soll, einen Rechtsanwalt zu benennen. (Daß der Vertragscharakter der Beziehung zwischen Mandant und Rechtsanwalt auch im Falle öffentlicher Fürsorge durch diese Vorschrift unterstrichen wird, geht auch aus § 397a Abs. 2 hervor. Denn dort wird sie ausdrücklich mit der ein-

<sup>170</sup> Barton (Mindeststandards); s. auch unten Rdn. 102 ff, 288.

<sup>171</sup> Im einzelnen § 141, 40.

<sup>172</sup> Jahn JR 1999 4.

<sup>173</sup> Spaniol 7.

<sup>174</sup> Spaniol 8.

<sup>175</sup> Spaniol 57 ff; LR-Gollwitzer<sup>24</sup> EMRK Art. 6/Art. 14 IBPR, 192 ff; Rzepka 66, 397.



deutig **vertragsorientierten Regelung** der **Prozeßkostenhilfe** für den Nebenkläger verknüpft). Der Vorsitzende braucht dem Vorschlag des Beschuldigten zwar nicht zu folgen, wenn wichtige Gründe entgegenstehen, das ist aber nur eine Einschränkung, die der Gesetzgeber etwa für den Fall der Überlastung des vom Beschuldigten benannten Rechtsanwalts oder des Fehlens von Spezialkenntnissen in besonders schwierigen Strafverfahren vorsieht. Insbesondere hebt die Begründung hervor, daß „die Erwartung, der Verteidiger werde (...) die Interessen des Beschuldigten besonders energisch vertreten, keinen wichtigen Grund für die Nichtbestellung darstellen darf“<sup>176</sup>.

Zum selben Ergebnis führt der Vorschlag<sup>177</sup>, für die zivilrechtliche Begründung der Pflichtverteidigung die allgemeinen Regeln betreffend Angebot und Annahme von Willenserklärungen über das Recht der **Stellvertretung** (§§ 145 ff, 164 ff BGB) eingreifen zu lassen (dazu auch unten Rdn. 81). Danach soll der Vorsitzende [Richter] Stellvertreter des Beschuldigten bei der Abgabe der Erklärung über den zu bestellenden Verteidiger sein. Vollziehe sich der Bestellsungsakt ohne Mitwirkung des Beschuldigten, handele es sich um einen Fall gesetzlicher Stellvertretung aufgrund der Vertretungsmacht, die § 142 Abs. 1 S. 1 dem Vorsitzenden [Richter] zuweist. Wenn der Beschuldigte einen Pflichtverteidiger bezeichnet und dieser beigeordnet wird (§ 142 Abs. 1 2), gebe der Vorsitzende [Richter] eine eigene **Willenserklärung im Namen des Beschuldigten** ab, weil er nach der Konzeption des Gesetzes im Einzelfall prüfen müsse, ob der Bestellung des bezeichneten Verteidigers wichtige Gründe i. S. d. § 142 Abs. 1 S. 3 entgegenstehen. Überzeugend daran ist, daß eine Erklärung über die Annahme des Angebots durch den **Offizialverteidiger** gegenüber dem Vorsitzenden [Richter] oder dem Beschuldigten entbehrlich ist, denn gem. §§ 133, 157 BGB ist die **Annahme des Vertragsangebots durch den Verteidiger** spätestens dann zu vermuten, wenn er faktisch tätig wird (Einreichung einer Schutzschrift, Terminswahrnehmung, Einholung von behördlichen Auskünften usw.) und er nicht in den engen Grenzen der §§ 49 Abs. 2 in Verb. mit 48 Abs. 2 BRAO das Mandat ablehnt<sup>178</sup>. Nicht unbedenklich ist es, daß der Vorsitzende Richter im Falle der Benennung eines Verteidigers durch den Beschuldigten (§ 142 Abs. 1 S. 2) als Vertreter mit „gebundener Marschroute“ erscheint. Die positive Folge dieser Konstruktion ist freilich, daß mit dem **Zwangs-Pflichtverteidiger** gar kein Geschäftsbesorgungsvertrag zustande kommt, weil es an einer Annahmeerklärung des vom Vorsitzenden Richter übermittelten Angebots fehlt, wenn der Beschuldigte mit dem Verteidiger nicht zusammenarbeiten will. Damit wäre ein häufig erhobener Gegeneinwand<sup>179</sup> gegen die hier vertretene Konzeption entkräftet.

Wenn das Vertragsprinzip so weit reicht, ist es kein großer Schritt mehr, auch die Fälle der **aufgezwungenen Verteidigung** unter seine Herrschaft zu stellen. Kontrahierungszwang ist unserer Rechtsordnung nicht unbekannt<sup>180</sup>. Das Pflichtversicherungsrecht liefert hier vielleicht die beste Anschauung. Für das Prozeßrecht allgemein kann auf den Anwaltszwang verwiesen werden<sup>181</sup>. Die Rolle des Beklagten im Zivilprozeß etwa ist der des Beschuldigten durchaus vergleichbar. Der Beklagte kann sich gegen den Prozeß, auch wenn er nichts schuldet, nicht wehren. Der Staat ist hier, abgesehen davon, daß er seinen Apparat zur Verfügung hält und seine Inanspruchnahme vorschreibt,

<sup>176</sup> BTDrucks. 10 1313, S. 21. Gleichwohl skeptische Überlegungen zu den Motiven des Gesetzgebers bei Lüderssen NJW 1986 2745.

<sup>177</sup> Jahn StV 2000 432 f; JR 1999 4 f.

<sup>178</sup> Vgl. auch Schnarr NStZ 1986 489; Weiß NJW 1983 90.

<sup>179</sup> Roxin FS Hanack 16.

<sup>180</sup> MünchKomm-BGB-Krämer<sup>2</sup> Vor § 145, 9 ff; Bydlinski AcP 180 (1980) 1; Paulus/Zenker Grenzen der Privatautonomie, JuS 2001 1 (5), unter Hinweis auf die Fälle des Kontrahierungszwangs im Bereich der Daseinsfürsorge.

<sup>181</sup> Stürner JZ 1987 1089

damit es nicht zur Selbstjustiz kommt, nicht an der Durchsetzung eigener Interessen interessiert, und das mag der Grund dafür sein, daß dem Anwaltszwang Genüge geschieht, wenn die Parteien die entsprechenden Verträge mit dem Anwalt schließen; obrigkeitliche Steuerung – jenseits gewisser Rahmenerfordernisse (Voraussetzungen für die Zulassung zur Anwaltschaft zum Beispiel) – erscheint nicht angezeit.

78 Die Übertragung dieser Struktur auf den Strafprozeß setzt voraus, daß dem Anwalt auch in diesem Verfahren **keine obrigkeitliche Funktion** zugesprochen wird. Diese Voraussetzung ist gegeben, wenn Grund für die aufgezwungene Verteidigung nicht das Interesse des Staates am rechtstaatlich gesicherten Verfahren ist<sup>182</sup>, sondern das **Autonomiedefizit** des Beschuldigten<sup>183</sup>. (Zur Begründung dafür, daß die Parteinahme des Verteidigers für den Beschuldigten nicht zum Staatsziel erklärt wird, sondern die Konzession an ein ursprüngliches, nicht vom Staat erst zugeteiltes Recht des Beschuldigten ist, s. oben Rdn. 30, 32.) Er muß, soweit das möglich ist, gestellt werden wie ein autonomer, zum freien Vertragsschluß befähigter Beschuldigter<sup>184</sup>. Dieses Ziel ist durch einen **aufgezwungenen Vertragsschluß** erreichbar. Einer darüber hinausgehenden obrigkeitlichen Steuerung bedarf es nicht. Die Beschränkung auf den Zwang zum Vertragsschluß ist wichtig, weil damit die – anzustrebende – Ausgestaltung der Beziehung zwischen Beschuldigtem und Verteidiger vorgezeichnet ist. Der **Vertrag** bietet den geeigneten Rahmen für die **Entwicklung einer Vertrauensbeziehung**; denn das Synallagma garantiert diese Zielsetzung nicht nur, sondern impliziert sie, wie die Tradition des Vertragsrechts, kulminierend in § 242 BGB, eindrucksvoll belegt. Daß auch der Zwangsverteidiger um das Vertrauen des Beschuldigten bemüht sein muß, ist allgemeine Ansicht<sup>185</sup>, wird aber eigentlich erst durch die Vertragskonstruktion plausibel.

79 e) **Vertrag, Vollmacht, Prozeßhandlungen**. Noch nicht hinreichend geklärt ist die Bedeutung des Vertrags zwischen Beschuldigtem und Verteidiger für die Gültigkeit, Zulässigkeit oder Wirksamkeit<sup>186</sup> sowie die Rechtmäßigkeit<sup>187</sup> von Erwirkungs- und Bewirkungshandlungen<sup>188</sup> des Verteidigers. Die Anerkennung des Verhaltens eines Prozeßbeteiligten als **Prozeßhandlung** (die etwas bewirkt oder erwirkt) ist ein strafprozeßrechtlicher Vorgang, dessen Beurteilung auch nach Regeln des Strafprozeßrechts erfolgen muß. Das gilt auch für Prozeßhandlungen des Verteidigers (daß er im Rahmen seines Mandats keine öffentlichen Interessen vertritt, Rdn. 72, bleibt davon unberührt). Die hier einschlägige Regel ist § 137. Daran ändert nichts, daß ihre Anwendung einen Vertrag zwischen Beschuldigtem und Verteidiger voraussetzt, der unmittelbare Folgen hat. Würde die Wirksamkeit oder Gültigkeit einer Prozeßhandlung von dem Vertrag unabhängig gemacht, also an andere Voraussetzungen geknüpft, hätte der Vertrag nur den Sinn, daß der Verteidiger dem Beschuldigten – privatrechtlich – dafür haftet, daß die von ihm vorgenommenen Prozeßhandlungen wirksam sind. Die Strafprozeßordnung

<sup>182</sup> So aber BVerfGE 63 390; 46 210; BGHSt 39 315; BGH StV 1997 564; Hilgendorf NStZ 1996 4. Generelle Warnung vor Einbindung der Verteidigung in den Zweck der „Wahrung der rechtsstaatlichen effektiven Strafverfolgung“ bei Dahn NJW 1975 1987 und ders. FS Odersky 331 sowie gegen die sog. Mitwirkungspflichtenlehre in BGHSt 38 115 die engagierte Kritik von Scheffler GA 1996 45; Hamm NJW 1993 296 f; Jahn (Konfliktverteidigung) 186 ff. Bedenken auch bei KK-Herdeggen<sup>4</sup> § 244, 68. A. A jedoch Malmendier NJW 1997 229; Niemöller StV 1996 506; Maatz NStZ 1992 517; Kleinknecht/Meyer-Göfner<sup>45</sup> Vor § 137, 1.

<sup>183</sup> Wie hier Roxin JZ 1997 344; Barton StV 1997 578; Wasserburg NStZ 1995 251; Neumann NJW 1991 265.

<sup>184</sup> Heeb 125 ff. Zu der daraus folgenden restriktiven Auslegung in diesen Fällen vgl. § 140, 7 ff.

<sup>185</sup> Genauer dazu § 141, 6 ff.

<sup>186</sup> Zu diesen Kategorien LR-Lüderssen Einl. L 10.

<sup>187</sup> Auch diese Bewertung gilt für Prozeßhandlungen s. § 138a, 77 und 80; zu der doppelten Funktion von Prozeßhandlungen Niese Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen (1950) 48 ff.

<sup>188</sup> Zu dieser Unterscheidung s. LR-Lüderssen Einl. L 10; LR-Rieß Einl. J 13f.

setzt für die **Rechtswirksamkeit des Handelns des Verteidigers** aber das Vorliegen einer Vollmacht des Beschuldigten voraus<sup>189</sup>.

Diese **Vollmacht** wirkt unmittelbar. Da sie einen Vertrag voraussetzt, erschöpft sich die Vereinbarung zwischen Beschuldigtem und Verteidiger äußerlich in der Vollmachtserteilung, s. Rdn. 34, 81; insofern ist der Vertrag an der unmittelbaren Wirkung auch beteiligt. Ihr setzt das Prinzip der Abstraktheit der Vollmacht allerdings Grenzen. Da es im bürgerlichen Recht und im Zivilprozeßrecht entwickelt worden ist, während die StPO dazu schweigt<sup>190</sup> und auch Strafprozeßpraxis<sup>191</sup> und -wissenschaft<sup>192</sup> sich der Frage bisher nur sporadisch angenommen haben<sup>193</sup>, müssen die Grundlagen und Verbindungslinien hier skizziert werden.

Der **zivilrechtliche Streit** über das „Wesen der Stellvertretung“ kreist um das Problem, wie sich die Begründung von Rechten und Pflichten für einen Dritten (den Vertretenen) mit dem Grundsatz der Privatautonomie vereinbaren läßt. Denn nach dem BGB wird das Rechtsgeschäft allein vom Vertreter vorgenommen, § 164 BGB ist insofern Zurechnungsnorm unter der Voraussetzung von Vertretungsmacht. Die Privatautonomie wird dadurch gewahrt, daß der Vertretene über die Vollmacht bestimmen kann, worin und wie weit er sich vertreten lassen will: „Der Selbstbestimmungsakt des Vertretenen, d. h. die Vollmacht oder die Genehmigung nach § 177, ist apriorisches Erfordernis der Wirksamkeit des Vertretergeschäftes“<sup>194</sup>. Deshalb bleibt auch die rechtsgeschäftliche Handlungsfähigkeit des Vollmachtgebers unberührt, die Vollmacht kann seine **eigene Handlungskompetenz** niemals verdrängen oder ausschließen. Möglich ist allerdings eine nur im Innenverhältnis und obligatorisch wirkende Verpflichtung des Vollmachtgebers, selbst nicht tätig zu werden<sup>195</sup>. Es findet keine Rechtsübertragung in dem Sinne statt, daß der Vertreter Rechtsinhaber würde<sup>196</sup>. Demnach bleibt auch der Beschuldigte für seine Verteidigungsrechte immer primär zuständig und kann sie jederzeit selbst und vorrangig wahrnehmen<sup>197</sup>.

Die Vollmachtserteilung nach § 164 BGB ist ein selbständiges einseitiges Rechtsgeschäft, das durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung die Rechtswirkung der Vertretungsmacht herbeiführt<sup>198</sup>. Erklärungsempfänger kann der Vertreter sein (dann Innenvollmacht) oder der Geschäftsgegner des Vertretergeschäftes (dann Außenvollmacht). Die **Verteidigervollmacht** ist eine **Innenvollmacht** mit der Besonderheit, daß sie durch Vollmachtsurkunde nach außen kundgegeben wird (§ 171 Abs. 1 BGB). In aller Regel geht eine Vollmacht mit einem Grundverhältnis zwischen Vertretenem und Vertreter einher. Eine isolierte Vollmacht ohne rechtliches Grundverhältnis (noch nicht einmal unentgeltlicher Auftrag) ist beschränkt auf Gefälligkeitsverhältnisse u. ä.<sup>199</sup>. Das der Verteidigervollmacht zugrunde liegende Vertragsverhältnis ist im einzelnen in Rdn. 35 ff erläutert. Nach bürgerlichem Recht ist die Vollmacht unabhängig vom Grundverhältnis<sup>200</sup>. Diese Verselbständigung gilt für das Entstehen und für das Fortbestehen eines Grundverhältnisses. Auch gibt sie die Möglichkeit, beide in ihrem

<sup>189</sup> LR-*Dünnebieber*<sup>23</sup> § 138, 36. Zur Abgrenzung dieser Vollmacht, die auch rein tatsächliches Handeln deckt, von der Vertretungsmacht s. § 138, 11.

<sup>190</sup> Vgl. nur *Spendel* 740 f.

<sup>191</sup> S. OLG Celle NJW 1989 992.

<sup>192</sup> S. *Kaiser* NJW 1982 1367; *Weiß* NJW 1983 89; *Ebert* DRiZ 1984 237; *Schnarr* NSTZ 1986 488.

<sup>193</sup> Ebenfalls wohl eine Folge der bisher allgemein unterbliebenen Dogmatik des das Verhältnis zwischen Beschuldigtem und Verteidiger bestimmen-

den Vertragsrechts. Vgl. aber *Barton* StV 1990 239 f.

<sup>194</sup> MünchKomm-BGB-*Thiele*<sup>3</sup> Vor § 164, 66.

<sup>195</sup> MünchKomm-BGB-*Thiele*<sup>3</sup> § 168, 89.

<sup>196</sup> *Staudinger-Dilcher*<sup>12</sup> 167, 9.

<sup>197</sup> Bereits von *Spendel* 738 mit Bezug auf das Strafprozeßrecht klar dargelegt.

<sup>198</sup> MünchKomm-BGB-*Thiele*<sup>3</sup> § 167, 3 ff.

<sup>199</sup> MünchKomm-BGB-*Thiele*<sup>3</sup> § 168, 2.

<sup>200</sup> *Staudinger-Dilcher*<sup>12</sup> § 168, 2.

Umfang unterschiedlich zu gestalten, weil die Vertretungsmacht das rechtliche Können gegenüber Dritten und das obligatorische Grundverhältnis das rechtliche Dürfen zwischen Vertretenem und Vertreter betrifft<sup>201</sup>. Für **Wirksamkeitsmängel und Beendigung** erfährt das Abstraktionsprinzip jedoch einige Durchbrechungen.

**83** Für die **Bevollmächtigung** als einseitiges Rechtsgeschäft gelten die allgemeinen Nichtigkeitst Gründe des BGB<sup>202</sup>. Für die Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB kommt es bei der Innenvollmacht auf die Person des Bevollmächtigten an, hier also darauf, ob die objektiven und subjektiven Voraussetzungen beim **Verteidiger** vorliegen (für den Vertrag zwischen Beschuldigtem und Verteidiger). Da bei „gleichzeitiger Begründung eines Grundverhältnisses dieselben Mängel häufig für beide Rechtsgeschäfte wirksam werden“<sup>203</sup>, spielt in vielen Fällen die Abstraktheit der Vollmacht des Verteidigers keine Rolle (vgl. aber die möglichen Einschränkungen in Rdn. 56 ff). Davon zu unterscheiden ist der Fall, daß der **Mangel im Grundverhältnis** erst während des laufenden Verfahrens eintritt. Die kundgemachte Außenvollmacht bleibt hier gemäß §§ 170, 171 Abs. 2 BGB grundsätzlich solange wirksam, bis den Dritten das Erlöschen der Vollmacht angezeigt wurde. Unternimmt der Verteidiger darüber hinaus nichts, um den anderen Prozeßbeteiligten – insbesondere dem Gericht – das Erlöschen der Vollmacht anzuzeigen, obwohl er Kenntnis von der weiteren Verwendung der Urkunde (Strafprozessvollmacht) hat, bleibt die Vertretung im übrigen auch nach den Grundsätzen der **Duldungsvollmacht** wirksam, denn diese Grundsätze gelten auch für die Prozessvollmacht<sup>204</sup>. In beiden Fällen schlägt also eine eventuelle (**Teil-**)**Nichtigkeit** (Rdn. 42) **im Innenverhältnis** auf das **Außenverhältnis** solange **nicht** durch, bis die Dritten Kenntnis von der Mandatsniederlegung (Kündigung, § 671 BGB) durch den Verteidiger bekommen. Für die – mit ex-tunc-Wirkung ausgestattete – Anfechtung<sup>205</sup> besteht bei der Verteidigung kaum ein praktischer Bedarf. Denkbar ist freilich, daß der Verteidiger gegenüber dem Mandanten verschwiegen hatte, wie nahe die Rücknahme seiner Zulassung sei, oder daß er sehr häufig nicht in der Lage sein werde, Termine wahrzunehmen. Eine von dem Vertrag isolierte Anfechtung der Vollmacht mit ex-tunc-Wirkung liegt aber auch in diesen Fällen nicht im Interesse des Beschuldigten, der Widerruf ex nunc genügt (s. nur Rdn. 86).

**84** „Für die Bestimmung des Vollmachtsumfangs ist der geäußerte Wille des Vertretenen maßgebend. Ist dieser Wille zweifelsfrei, so ist er keiner Auslegung fähig“<sup>206</sup>. Ist er nicht zweifelsfrei, dann ist bei der normativen Auslegung dieses Willens im Falle der nach außen kundgetanen **Innenvollmacht** auf die Verständnismöglichkeiten des Geschäftsgenegers abzustellen. Heranzuziehen ist auch die Art des vom Vertreter vorzunehmenden Geschäfts und der verkehrsübliche Umfang solcher Vollmachten „sofern keine anderweitige eindeutigen Bestimmungen getroffen sind“<sup>207</sup>. Im Regelfall umfaßt die **Verteidigervollmacht also alles**, was ein **Verteidiger üblicherweise** tut. Das hindert den Mandanten jedoch keineswegs, Unübliches ausdrücklich zu bestimmen bzw. eine Auswahl zu treffen<sup>208</sup>, soweit das praktisch möglich ist (Verzicht etwa auf Akteneinsicht oder Besuchsrecht ist kaum angemessen, weil diese Möglichkeiten die Voraussetzung für sinnvolle Verteidigung schlechthin sind). Völlig offen ist allerdings, welche Folgen das für § 137 Abs. 2 und § 146 hat.

<sup>201</sup> MünchKomm-BGB-Thiele<sup>3</sup> § 164, 89 ff.

<sup>202</sup> Palandt-Heinrichs<sup>59</sup> § 138, 11.

<sup>203</sup> MünchKomm-BGB-Thiele<sup>3</sup> § 164, 94.

<sup>204</sup> Palandt-Heinrichs<sup>59</sup> § 173, 24.

<sup>205</sup> Mit vielerlei Problemen verbunden, vgl. MünchKomm-BGB-Thiele<sup>3</sup> § 167, 86; Staudinger-Dilcher<sup>13</sup> § 167, 79.

<sup>206</sup> Staudinger-Dilcher<sup>13</sup> § 167, 84.

<sup>207</sup> MünchKomm-BGB-Thiele<sup>3</sup> § 167, 67.

<sup>208</sup> Vgl. das Modell einer beschränkten Auftragserteilung bei *Danckert* in: (Formularbuch<sup>3</sup>) 40, wobei allerdings offen bleibt, welche Folgen sich daraus für die Vollmacht ergeben.

Eine **Durchbrechung** des Abstraktionsprinzips enthält § 168 Abs. 1 S. 1 BGB, der die Vollmacht dann erlöschen läßt, wenn das Grundverhältnis beendet ist. Die Vollmacht endet dann, wenn das Geschäftsbesorgungsverhältnis wirksam gekündigt ist. Der Widerruf nach § 168 Abs. 1 S. 2 BGB ist jederzeit möglich, und zwar auch bei Fortbestehen des Grundverhältnisses. Ausschluß oder Beschränkung des Widerrufs (denkbar bei Eingehen des Mandatsverhältnisses zur Begrenzung der Außenwirksamkeit späterer „Weisungen“ des Mandanten, welche die Vollmacht einschränken sollen), sind nur zulässig, „wenn sie in dem Rechtsverhältnis, zu dessen Durchführung die Vollmacht ein Mittel zum Zweck ist, eine rechtfertigende Grundlage finden“<sup>209</sup>, weil „die gewillkürte Stellvertretung im Kern der Erweiterung des Aktionsradius des Vollmachtgebers in dessen eigenem Interesse dient“. Eine Rechtfertigung für den Schutz des Verteidigers vor einem **teilweisen Widerruf** (der im Prinzip möglich ist<sup>210</sup>) gibt es gegenüber der Beschuldigtenautonomie nicht. 85

Die **Prozeßvollmacht** ist nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung vom Innenverhältnis zwischen Prozeßpartei und Prozeßbevollmächtigten weitgehend zu lösen: „In jedem Fall ist die Vertretungsmacht abstrakt“<sup>211</sup>. Die möglichen Durchbrechungen nach dem Vertretungsrecht des BGB werden abgewehrt, indem allein das Prozeßrecht als Beurteilungsgrundlage anerkannt und das bürgerliche Recht für unanwendbar erklärt wird<sup>212</sup>. Auch Nichtigkeits- und Anfechtungsgründe sollen nicht gelten, weil damit in den Prozeß eine ihm schädliche Unsicherheit hineingetragen würde. Die besondere Regelung der ZPO sei insofern abschließend für das **Außenverhältnis der Prozeßhandlungen**, was nicht ausschließe, daß im Innenverhältnis Beschränkungen vereinbart werden. Das bedeutet zunächst: Die Unwirksamkeit des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses läßt die „Wirksamkeit der Vollmacht unberührt“<sup>213</sup>, auch dann, wenn Vertrag und Vollmacht zeitlich zusammenfallen (insofern ist die materiell-rechtliche Regelung anders, siehe oben). Was die Vollmacht selbst angeht, so mögen die Anfechtungsgründe auch hier auf sich beruhen (s. oben Rdn. 89). Nichtigkeit aber wird immerhin dann zugestanden, wenn „gerade die Vollmacht eine sittenwidrige Knebelung des Vollmachtgebers (...) bewirkt“<sup>214</sup>. Im übrigen sind die Unterschiede nicht von großer Bedeutung, weil jedenfalls der Widerruf (also die ex-nunc-Wirkung) auch der Prozeßhandlungen kein Problem bereitet<sup>215</sup>. 86

Für den **Umfang der Prozeßvollmacht** gilt, daß er auf die Vornahme einzelner Prozeßhandlungen beschränkt werden kann, dies allerdings nur außerhalb des Anwaltszwangs, § 83 Abs. 2 ZPO<sup>216</sup>, im Strafprozeß also im Rahmen der Wahlverteidigung. Liegt ein Fall der Pflichtverteidigung vor, kann sich der Beschuldigte im Konfliktfall nur darum bemühen, einen neuen bzw. zusätzlichen Verteidiger zu bekommen, Einzelheiten § 143, 9 f. 87

Die Situationen, in denen der **Verteidiger von seiner Vollmacht Gebrauch** macht, sind mannigfaltig. Nimmt er eine Prozeßhandlung vor, so ist für die Beurteilung von Differenzen zwischen ihm und dem Beschuldigten die Anlehnung an die Regeln des Zivilprozeßrechts indiziert. Bedenkt man indessen, daß diese Regeln auf den direkten Umgang des Anwalts mit dem Gericht gemünzt sind, während im Strafverfahren zu den Prozeßhandlungen des Verteidigers auch die Wahrung der Interessen des Beschuldigten 88

<sup>209</sup> MünchKomm-BGB-Thiele<sup>3</sup> § 168, 32.

<sup>210</sup> Staudinger-Dilcher<sup>13</sup> § 168, 7.

<sup>211</sup> Stein/Jonas/Leipold<sup>21</sup> § 80, 2. Zur Abstraktheit der Prozeßvollmacht auch BGH NJW 1981 1728; MünchKomm-v. Mettenheim § 80, 3; Rosenbergl Schwab/Gottwald ZivilprozeßR<sup>15</sup> § 55 II 2.

<sup>212</sup> Stein/Jonas/Leipold<sup>21</sup> § 80, 4.

<sup>213</sup> Stein/Jonas/Leipold<sup>21</sup> § 80, 2.

<sup>214</sup> Stein/Jonas/Leipold<sup>21</sup> § 80, 105.

<sup>215</sup> Stein/Jonas/Leipold<sup>21</sup> § 80, 5 Fußn. 7.

<sup>216</sup> Stein/Jonas/Leipold<sup>21</sup> § 80, 13 und § 81, 1.

gegenüber Polizei und Staatsanwaltschaft gehören, so zeigen sich die **Grenzen**, die den **Parallelen** zum **Zivilprozeß** gezogen sind. Vollends offenbar wird das mit Blick auf die eigenen Ermittlungen des Verteidigers. Sie gehören zwar auch zum Verfahren; aber die Ansprüche an ihre Außenwirkung sind doch so sehr von denen einer Prozeßbehandlung eines Anwaltes im Zivilprozeß unterschieden, daß nach eigenständigen Bewertungen gesucht werden muß, wobei auch die vom materiellen bürgerlichen Recht bereitgestellten Regelungsmodelle hilfreich sein können<sup>217</sup>. Da das Problem bisher kaum gesehen worden ist, kann eine abschließende Würdigung noch nicht vorgenommen werden.

## 2. Abweichende Auffassungen

- 89 a) Der Verteidiger als Organ der Rechtspflege.** Dem hier vertretenen Vertragsprinzip steht vor allem die in Rechtsprechung<sup>218</sup> und Schrifttum<sup>219</sup> noch herrschende Position gegenüber, daß der Verteidiger ein **Organ der Rechtspflege** sei. Der Verteidiger dürfe danach grundsätzlich alles tun, was in gesetzlich nicht zu beanstandender Weise seinem Mandanten nütze. Er habe die Aufgabe, zum Finden einer sachgerechten Entscheidung beizutragen und dabei das Gericht vor Fehlentscheidungen zu Lasten seines Mandanten zu bewahren<sup>220</sup>. Zu seinen besonderen Aufgaben gehöre es auch, auf die Einhaltung der Verfahrensgarantien zu achten. Die entscheidende Konsequenz dieser Auffassung ist, daß der Verteidiger aus eigenem Recht tätig wird oder doch jedenfalls eine Reihe genuin eigener Rechte hat, und zwar auch dann, wenn man der – neuerdings zugespitzt formulierten – Auffassung folgt, daß die Organschaft des Verteidigers ausschließlich im insofern obrigkeitlich-fürsorglich wahrgenommenen Beschuldigteninteresse (vgl. zu dem entwicklungsgeschichtlichen Aspekt dieser Differenzierung oben Rdn. 21 und 31) geschaffen sei<sup>221</sup>.
- 90** Das **pro und contra** in bezug auf die Stellung des Verteidigers als Organ der Rechtspflege ist in der Literatur ausgiebig erörtert worden<sup>222</sup>. Verwiesen sei insbesondere auf die ausführliche und materialreiche Darstellung von *Beulke*<sup>223</sup>. Hier kommt es daher nur darauf an, daß einige zusätzliche Akzente gesetzt werden.

<sup>217</sup> S. etwa *Kaiser* NJW 1982 1367 ff.; *Schnarr* NStZ 1986 488; zu einfach macht es sich *Weiß* NJW 1981 91, wenn er die „Abkehr vom Begriff Verteidigungsvollmacht“ fordert.

<sup>218</sup> BGHSt 39 316; 38 347; 37 396; 2 378; BGH NJW 2000 2218; NStZ 1997 1041; OLG Düsseldorf StV 1998 66; OLG Hamburg NJW 1998 622; OLG Frankfurt NStZ-RR 1997 77; OLG Schleswig NStZ 1988 230; OLG Celle NStZ 1988 426; AnwGH Ba-Wü NJW 1997 1316.

<sup>219</sup> LR-Rieß Einl. I 109 ff.; *Wünsch* StV 1997 48; *Hammerstein* NStZ 1997 13; *Malmendier* NJW 1997 232; *Dornach* NStZ 1995 60; v. *Stetten* StV 1995 609; *Späth*, DRiZ 1995 224; *Kintzi* DRiZ 1994 327; *Berg* DRiZ 1994 382; *Vehling* StV 1992 87; *Maatz* NStZ 1992 513; *Liemersdorf* MDR 1989 204; *KK-Laufhütte*<sup>4</sup> Vor § 137, 4; *KMR-Müller*<sup>7</sup> Vor § 137, 1; *Rissel* 32 ff.; *Breucker* 27 ff.; *Lamberti* 41; *Schautz* 4; *Waldhorn* 23.

<sup>220</sup> BVerfG – Kammer – NStZ 1997 35.

<sup>221</sup> *Beulke* (Verteidiger) 116; JR 1994 117; NStZ 1983 504. Ansätze, die *Beulkes* „abgeschwächter“ Organtheorie im praktischen Ergebnis gleichkommen, finden sich etwa bei *Paulus* NStZ 1992 311 („prozes-

suale Theorie“; gegen ihn aber *Haas* NStZ 1993 173); *Temming* StV 1982 539 („modifizierte Organtheorie“) s. auch LR-Rieß Einl. I 110 („formale Organtheorie“) und – ohne für eine der vorgenannten Positionen ausdrücklich Partei zu ergreifen – *Roxin*<sup>25</sup> § 19, 6 ff und (ausdrücklich in Übereinstimmung mit den Ergebnissen von *Beulke*) FS Hanack 11; *Elmar Müller* 7; *Schneider* Jura 1989 344; *Krekeler* NStZ 1989 153; *Strafrechtsausschuß der BRAK* Thesen zur Strafverteidigung 19 ff. In der Rspr. findet sich eine besondere Betonung der Beistandsfunktion etwa bei OLG Düsseldorf StV 1992 57; LG Koblenz StV 1994 378; *Grüner/Wasserburg* 434 f., *Volk* Strafprozeßrecht<sup>2</sup> (2001) § 11 IV 3.

<sup>222</sup> Vielfach wird daraus sogar der Schluß gezogen, daß der Streit unfruchtbar sei, was zwar richtig ist, aber nicht seine prinzipielle Relevanz für ungezählte Einzelfragen beseitigt. Zu dieser Position, die vor allem in der Praxisliteratur zur Verteidigung Oberhand gewinnt, etwa *Barton* 33; *Malek* Rdn. 16; *Rückel* Rdn. 4.

<sup>223</sup> *Beulke* (Verteidiger) 164 ff.; bemerkenswert die konzentrierte Stellungnahme bei *Vormbaum* Der strafrechtliche Schutz des Strafurteils (1987) 422 ff.

Immer wieder klagen Anwälte darüber, daß die Gerichte sie unter Hinweis auf die Stellung als Organ der Rechtspflege zu **disziplinieren** versuchen<sup>224</sup>. Ein Fall, in dem ein Anwalt unter Berufung auf diese Stellung seine Verteidigerstellung zugunsten des Beschuldigten habe stärken können, sei ihnen nicht bekannt<sup>225</sup>. Diese Stellung, sagen andere hingegen, schaffe dem Verteidiger überhaupt erst die Grundlage für eine Reihe wichtiger Rechte im Strafprozeß<sup>226</sup>. Das freilich ist schon deshalb falsch, weil die meisten dieser Rechte in der nun über hundert Jahre alten Strafprozeßordnung schon zu einer Zeit vorgesehen waren, als noch niemand behauptete, der Verteidiger sei ein Organ der Rechtspflege. In der Tat können diese Rechte direkt gewährt werden; weshalb das nur auf dem Umweg über die Installierung eines Organs der Rechtspflege möglich sein soll, ist nicht ersichtlich<sup>227</sup>.

Organ der Rechtspflege könnte der Verteidiger allenfalls sein, wenn er die **Pflicht** hätte, **Gericht** und **Staatsanwaltschaft** bei ihrer streng objektiven – also stets auch das Entlastende berücksichtigenden – **Tätigkeit zu unterstützen**. Das ist aber nicht die Pflicht des Verteidigers<sup>228</sup>. Seine Aufgabe ist vielmehr, für den Beschuldigten Partei zu nehmen. Dieser ist als in der Regel rechtsunkundiger Privatmann, wenn gegen ihn wegen des Verdachts einer Straftat ermittelt wird, mit einem sehr mächtigen und weitgehend anonymen Staatsapparat konfrontiert. Je freier und demokratischer eine Gesellschaft ist, desto sorgfältiger ist sie darauf bedacht, dieses Gefälle auszugleichen. Hinzu kommt, daß Wahrheit und Richtigkeit längst nicht mehr in einheitlicher und alle verbindender Gestalt auftreten, sondern – mindestens in vielen Grenzbereichen – miteinander **rivalisierende Konzepte** sich zeigen; das gilt für die Reichweite der geschützten Rechtsgüter ebenso wie für die sogenannten Strafzwecke<sup>229</sup>. So sehr **Wahrheit** und **Gerechtigkeit** schwankende Größen sind, auch Wandlungen unterworfen sind – denkbar wäre, einen historisch gewachsenen, für eine gewisse Epoche gültigen Rahmen zu fixieren und auch die Verteidigung darauf festzulegen. Aber wer darüber in Grenzfällen zu entscheiden hätte, bliebe offen. Ein liberaler Staat ist gut beraten, wenn er gar nicht erst versucht, die Strafverteidigung auf eine Konzeption von Wahrheit und Richtigkeit festzulegen, sondern bereit ist, sich mit **Alternativen** auseinanderzusetzen. Die seit der Aufklärung propagierte und in den Verfassungen des 19. Jahrhunderts allmählich durchgesetzte Teilung der staatlichen Gewalt in voneinander unabhängige Gesetzgebung, Rechtsprechung und Regierung zeigt zwar, daß der Staat sich auch gleichsam selbst mit Alternativen versehen und kontrollieren kann. Das reicht aber offenbar nicht ganz aus. Auf vielen Gebieten –

sowie – auf dem neuesten Stand – *Jahn* (Konfliktverteidigung) 171 bis 176 mit zahlr. weit. Nachw.

<sup>224</sup> S. *Scholderer* StV 1993 229; *Paulus* NSTZ 1992 308; *Heinel/Ronzani/Spaiol* StV 1987 79; AK-*Stern* Vor § 137, 25; *Knapp* 104 ff. Anders z. B. *Lamberti* 59; *Malek* Rdn. 28.

<sup>225</sup> S. etwa *Dahs* NJW 1975 1387 unter Hinweis auf die Ausstrahlungswirkung des Art. 33 GG zu Lasten von Art. 12 GG. Krit. gegenüber dieser Perspektive der Strafverteidigung als „staatlich gebundener Vertrauensberuf“ (BVerfGE 38 119) *Göddeke* 71 ff.; *Lamberti* 59; *Jahn* (Konfliktverteidigung) 183 ff.

<sup>226</sup> Vgl. die Zusammenstellung bei *Beulke* (Verteidigung) 194 ff sowie *Rückel* NSTZ 1987 299.

<sup>227</sup> Auch *Beulkes* Plädoyer für eine „eingeschränkte“ Organtheorie (aaO 201 ff.; JR 1994 117; NSTZ 1983 504 und *Beulke* in: Kühne/Miyazawa [Hrsg.] Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche

Herausforderungen in Japan und Deutschland [2000] 137 ff); *Beulke* FS Roxin 1180; *Beulke*<sup>5</sup> Rdn. 150 bleibt diesen Beweis schuldig. Zu diesem Ansatz abl. *Stumpf* 23 f; *Jahn* (Konfliktverteidigung) 182 f; *Stryz* 198 ff; *Heinicke* 326; *Lamberti* 122; *Kniemeyer* 146 ff.

<sup>228</sup> So auch *Dahs* NJW 1975 1388: „Die Freiheit seines Berufes vom Staat“ sei „wieder ins allgemeine Rechtsbewußtsein zu rücken“ sowie *Welp* ZStW 90 (1978) 119; *Stryz* 53; *Jahn* (Konfliktverteidigung) 136. A. A im Sinne einer Teilhaberschaft des Verteidigers an der „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ *Malmendier* NJW 1997 232; *Schaefer* NJW 1995 1724; *Berg* DRiZ 1994 384; *Maatz* NSTZ 1992 513; *Breucker* 27 ff.

<sup>229</sup> Ausgezeichnet dargelegt von *Ostendorf* NJW 1978 1346 ff; ferner *Pieth* 10 f.

etwa im Bereich von Stadtplanung, Gesundheitswesen, Ausländerbetreuung, Datenschutz und ähnlichem – fühlt sich der einzelne legitimiert, mitzureden, mitzugestalten. Für das, was dabei geschieht, ist der Strafverteidiger als **rechtlich anerkannter privater Helfer** des Beschuldigten vielleicht sogar so etwas wie ein Modell; daß diejenige staatliche Tätigkeit, die am tiefsten in die Rechte der Bürger eingreift – die Strafverfolgung – eher als andere staatliche Tätigkeiten die Etablierung einer Kontrolle durch Private provoziert, ist nicht zufällig, sondern sehr bezeichnend.

93 Daher ist die in der Rechtsprechung<sup>230</sup> entwickelte Lehre von den **Mitwirkungspflichten des Verteidigers** in der Hauptverhandlung abzulehnen<sup>231</sup>. Sie postuliert, daß ein Verteidiger den Angeklagten in der Hauptverhandlung keineswegs nach Belieben schalten und walten lassen dürfe<sup>232</sup>. Ihn treffe eine Pflicht, mit dafür Sorge zu tragen, daß das Verfahren sachdienlich und in prozessual geordneten Bahnen durchgeführt werde. Dies soll so weit gehen, daß ab einer bestimmten Zahl von Beweisanträgen – im zu entscheidenden Fal waren 8000 Beweisanträge angekündigt – das Gericht die Anordnung treffen könne, daß der Angeklagte in Zukunft Beweisanträge nur noch über seinen Verteidiger stellen dürfe. Eine Mitwirkungspflicht des Verteidigers würde ihn zum Gehilfen des Gerichts machen und damit in Staatsaufgaben einbinden<sup>233</sup>.

94 Auch § 1 BRAO kann für die Auffassung, daß der Verteidiger ein Organ der Rechtspflege mit besonderen Pflichten sei, nicht in Anspruch genommen werden<sup>234</sup>. Denn diese Auffassung wird keineswegs aus dieser Vorschrift abgeleitet, sondern damit abgestützt. Das Mittel dazu ist eine extensive Auslegung der Vorschrift, die weder ideologisch, noch nach ihrer Entstehungsgeschichte, noch nach ihrem Wortlaut und nach dem systematischen Zusammenhang, in den sie gestellt werden muß, gerechtfertigt ist. Was den Terminus „Organ“ angeht, so besagt er für sich genommen nichts, was auf bestimmte Aufgaben des Rechtsanwalts schließen läßt<sup>235</sup>. Unter „Rechtspflege“<sup>236</sup> aber wird, unerachtet einiger Differenzierungen, überwiegend Staatstätigkeit verstanden<sup>237</sup>. Sprachlich kann die Vorschrift also nur so gedeutet werden, daß der Rechtsanwalt ein Staatsorgan sei. Das aber meint niemand. Ohne gleichzeitige Übertragung öffentlich-rechtlicher Befugnisse kann kein öffentliches Amt entstehen. § 1 BRAO überträgt solche Befugnisse nicht, und eine andere allgemeine Vorschrift, welche diese Funktion übernimmt, gibt es nicht. Ebenfalls unstreitig ist, daß Vorschriften, die dem Rechtsanwalt spezielle Befugnisse einräumen, diesen Charakter auch nicht haben. Eine „öffentlich-rechtliche Inpflichtnahme gleichsam als apriorische Gegebenheit“ gibt es auch nicht<sup>238</sup>. Es ist vielmehr der Gedanke, für den das Bundesverfassungsgericht später die Wendung vom **staatlich gebundenen Vertrauensberuf** gefunden hat, der bei Entstehung und Hand-

<sup>230</sup> Grundlegend BGHSt 38 111 (dazu *Meyer-Goßner FS Bundesgerichtshof* u. a. 629, 630 mit weit. Belegen), beiläufig vorher auch schon EGH Hamm AnwBl. 1977 80 (vgl. *Jahn* [Konfliktverteidigung] 187 Fußn. 195).

<sup>231</sup> Das Wort „Mitwirkung“ in § 140 wird semantisch überschätzt, wenn daraus eine zur Verantwortung für den ordnungsgemäßen Ablauf des Prozesses verpflichtende „Einbindung“ des Verteidigers in das Verfahren abgeleitet wird (so aber *Meyer-Goßner FS Bundesgerichtshof* u. a. 629).

<sup>232</sup> BGHSt 38 115 mit Zustimmung bei *Malmendier NJW* 1997 229; *Niemöller StV* 1996 506; *Berg DRiZ* 1994 382; *Maatz NStZ* 1992 517; *Kleinnecht/Meyer-Goßner*<sup>45</sup> Vor § 137, 1.

<sup>233</sup> Wie hier *Scheffler GA* 1996 45; *Hamm NJW* 1993 296; *Barton* 164; *Jahn* (Konfliktverteidigung) 188 f. Zurückhaltender *Widmaier NStZ* 1996 446; *Dahs FS Odersky* 331; *KK-Herdeggen*<sup>4</sup> § 244, 68.

<sup>234</sup> *Maunz/Dürig-Herzog*, Art. 92, 98; *Busse AnwBl.* 1998 232; *Schneider Jura* 1989 346; *Redeker NJW* 1987 2612; *Dahs NJW* 1975 1387; so auch wohl *Rieß FS Schäfer* 200 f.

<sup>235</sup> *Paulus NStZ* 1992 309; *Barton StV* 1990 239; *Redeker NJW* 1987 2612; *Knapp* 104 ff.

<sup>236</sup> Leider fehlt eine ganz klare Aussage im GG. Art. 92 spricht nur von der *rechtsprechenden* Gewalt; die „Rechtspflege“ ist nicht erwähnt, auch nicht die StA.

<sup>237</sup> Nachw. bei *Knapp* 107.

<sup>238</sup> *Knapp* 134, zust. *Dahs NJW* 1995 1387.



habung des § 1 BRAO Pate gestanden hat. Die Erscheinung, „daß es eine Reihe von Berufen gibt, deren Inhaber kraft öffentlichen Rechts in einem Verhältnis zum Staat stehen, das zwar nicht Staatsdienst im technischen Sinne ist, aber doch vermöge der Gebundenheit der Berufserfüllung, der Gestaltung der Berufspflichten, der Beaufsichtigung durch den Staat eine in die Augen springende Ähnlichkeit mit dem berufsmäßigen Beamtentum besitzt“<sup>239</sup>, ist bald von den Staatsrechtlern registriert worden und schien dazu zu nötigen, Vertreter dieser Berufe, also auch Anwälte, als „Halbbeamte“ anzuerkennen<sup>240</sup>.

So ist es wohl zu verstehen, daß – obwohl die **Reichsrechtsanwaltsordnung** von 1879 vom Organ der Rechtspflege noch nicht spricht (indessen als Zugeständnis an eine Art „verkümmerten Rest der Beamteneigenschaft“ eine Reihe inzwischen abgeschaffter Vorschriften etabliert, welche die Tätigkeit des Verteidigers unter eine beachtliche staatliche Kontrolle stellen<sup>241</sup>) – die **Rechtsprechung der Ehrengerichte** – zum ersten Mal im Jahre 1893 den Begriff verwenden zu sollen glaubt<sup>242</sup>. Hätte die Weimarer Republik länger bestanden, wäre es sicher bei einer die Distanz gegenüber staatlicher Vereinnahmung betonenden oder sie vielleicht auch noch stärker ausdifferenzierenden Lesart des Begriffs geblieben. Mit der NS-Ära gingen diese Tendenzen indessen unter, und es kam mit der Allgemeinverfügung des Reichsminister der Justiz vom 13. 4. 1935<sup>243</sup> zu einer Verfestigung des Begriffs im Sinne der nationalsozialistischen Vorstellungen eines autoritären Strafprozesses.

Der Neuanfang nach 1945 führte zurück zu jener Ambivalenz in der Zeit vor der Herrschaft des Nationalsozialismus, verharrte aber darin. Das zeigt schon die **Entstehungsgeschichte** des § 1 BRAO<sup>244</sup>, der nun zwar – als erste gesetzliche Vorschrift – den Begriff des Organs der Rechtspflege verwendet, den man aber natürlich nicht nur nicht so legitimiert und auslegt wie in der NS-Zeit, sondern der durchaus mit der Distanz gesehen wird, wie sie in den Beratungen der Bundesjustizminister *Neumayer* zum Ausdruck gebracht hat: „Niemals darf er (der Rechtsanwalt) Instrument des Staates werden“<sup>245</sup>. Am besten charakterisiert vielleicht die Äußerung des rheinland-pfälzischen Justizministers *Becker* die zur Formulierung des § 1 hinführenden Regelungsbedürfnisse: In dem Begriff stecke, „daß die Güte unserer Rechtspflege insbesondere aber auch das Vertrauen des Staatsbürgers zur Rechtspflege, ganz wesentlich durch die Güte und Vertrauenswürdigkeit des Rechtsanwaltsberufs mitbestimmt wird“<sup>246</sup>. Die spätere, keineswegs einheitlich sich entwickelnde Interpretation bekommt dann freilich durch das Bundesverfassungsgericht wieder einen anderen Akzent: „Sein Beruf ist ein staatlich gebundener Vertrauensberuf, der ihm eine auf Wahrheit und Gerechtigkeit verpflichtete amtsähnliche Stellung zuweist“<sup>247</sup>.

<sup>239</sup> *Knapp* 132.

<sup>240</sup> *Knapp* 132; *Jahn* (Konfliktverteidigung) 185 mit Nachw.

<sup>241</sup> *Knapp* 129.

<sup>242</sup> EGH I, 140 ff; zur weiteren Entwicklung der Rspr. *Knapp* 36 ff; *Isermann* in: *Holtfort* (Hrsg.) 18; bei *Knapp* auch die richtige Relativierung der aus dem Rahmen fallenden Entscheidung des EGH aus dem Jahre 1909 (14, 145 ff), während *Isermann* eine konsequente Entwicklung diagnostiziert. Zur parallelen Rspr. des RG s. *Knapp* 44 ff. Aus neuerer Zeit vgl. AnwGH Ba-Wü NJW 1997 1316; EGH Hamm (2) 6 EVY 5/93 vom 15. 6. 1993, S. 38: „Ein Rechtsanwalt hat als unabhängiges Organ der Rechtspflege (§ 1 BRAO) Gesetz und Ordnung zu wahren“.

<sup>243</sup> Amtliche Sonderveröffentlichung der deutschen Justiz Nr. 7; s. dazu *Knapp* 76.

<sup>244</sup> *Knapp* 125 ff.

<sup>245</sup> Bei *Knapp* 126.

<sup>246</sup> Bei *Knapp* 126.

<sup>247</sup> BVerfGE 38 119. (Dazu bereits oben Rdn. 94). In der Entscheidung, welche die Grundsätze für die Begrenzung der Observation von Rechtsanwälten formuliert, „die aus beruflichen Gründen mit mutmaßlichen Straftätern in Verbindung stehen“, wird freilich auf „die Kennzeichnung des RA als Organ der Rechtspflege“ Bezug genommen (BVerfG StV 2001) 627 (vgl. dazu auch unten Fußn. 261a).

- 97 Die allmähliche verfassungsrechtliche Klärung des „**Berufsordnungsrechts**“ indessen ist geeignet, den Stellenwert des Begriffs „Organ der Rechtspflege“ endlich richtig zu bezeichnen. Das Problem, daß die Ausübung eines Berufs öffentlich-rechtlich überwacht wird, taucht sehr häufig auf. Der Rechtscharakter der Arbeitsverhältnisse oder Betriebe muß davon nicht berührt werden<sup>248</sup>. Wählt der Staat nicht den Weg der besonderen Bindung der mit einer Aufgabe betreuten Personen, etwa als Beamte oder durch einen förmlichen Bestellungsakt, wie beim Notar, oder durch die Beleihung Privater mit der Wahrnehmung von Aufgaben<sup>249</sup>, so handelt es sich nicht mehr um genuin öffentliche Aufgaben, sondern um die aus Fürsorge für die Allgemeinheit vorgenommene Begrenzung und Kontrolle einer genuin privaten Tätigkeit. Diese Begrenzungs- und Kontrollfunktion übernehmen die – vom Gesetzgeber durch Rahmengesetzgebung inaugurierten und einer staatlichen Aufsicht unterstellten, im Prinzip aber autonomen – Berufsverbände oder -körperschaften<sup>250</sup>.
- 98 Die richtige Einordnung der Anwälte bereitet vielleicht deshalb Schwierigkeiten, weil sie eine Rolle in einem öffentlich-rechtlichen Verfahren haben. Die Dogmatik des Art. 12 GG – **Freiheit der Berufsausübung**<sup>251</sup> – hat diesen Regelungsmechanismus unserer Rechtsordnung so gründlich ausgebaut, daß eine Interpretation des § 1 BRAO lediglich als eines Hinweises auf die besondere Verantwortung, die ein Rechtsanwalt in der Ausübung seines Berufs übernimmt (das ist freilich mehr als der Hinweis, daß der Rechtsanwalt nur im Rahmen der Rechtsordnung sein Ziel verfolgen dürfe<sup>252</sup>) jetzt den erforderlichen allgemeinen verfassungsrechtlichen Rahmen gefunden hat. Mindestens die Verlegenheit, angesichts des Wortlauts des § 1 BRAO, den Rechtsanwalt in jene amtsähnliche Stellung rücken zu müssen, ist damit entfallen. Gegen eine Bezeichnung des Verteidigers als Organ der Rechtspflege spricht also nichts, solange der Begriff nicht eine Legitimation des Verteidigers unabhängig von seiner Beziehung zum Beschuldigten impliziert.
- 99 Die Auffassung, daß der Verteidiger seine Rechte aus der vertraglichen Beziehung zum Beschuldigten beziehe, hat also keine Veranlassung, sich durch die Existenz des § 1 BRAO widerlegt zu sehen. Daß die wahren Argumente für eine Begründung der Rechte und Pflichten des Verteidigers mit seiner Organstellung aus einer vorab fixierten Konzeption seiner Aufgaben kommen und nicht aus § 1 BRAO zu deduzieren sind, ist nun noch deutlicher zu sehen als zuvor. Wenn der Staat ausdrücklich, wie im Fall der Strafverteidigung, die **private Vertretung individueller Gegeninteressen** anerkennt, so muß er wirklich davor Halt machen; er darf diese private Vertretung natürlich begrenzen (insofern ist sie Gegenstand seines Regelsystems), aber sie umdefinieren als – einem liberalen System konforme – öffentliche Interessen darf er nicht. Tut er das, so eröffnet sich ein unendlicher Regreß, denn von **diesem** öffentlichen Interesse müßten dann die wirklich privaten Interessen wieder abgehoben werden usw.

<sup>248</sup> Knapp 112.

<sup>249</sup> Grundlegend *Bethge* Der verfassungsrechtliche Standort der „staatlich gebundenen“ Berufe, Diss. Köln 1968. Beispiele für sehr weitgehende Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch Private (mit dem RA nicht zu vergleichen) sind etwa der Wirtschaftsprüfer (genaue Einordnung bei *Hönle BB 1981* 466) und die Technischen Überwachungsvereine (umfass. Orientierung bei *Scherer JA 1987* 237); ferner: *Rick* (1998); zur Außendarstellung des Rechtsanwaltes (Werbung mit der Bezeichnung

„Fachanwalt für Strafrecht“) *BVerfG StV 2001* 629.

<sup>250</sup> Für die Anwaltschaft vgl. die eindringlichen Bemerkungen von *Warmuth BRAK-Mitt. 1987* 2; informativ auch *Rüschmeyer* Juristen in Deutschland und den USA (1976).

<sup>251</sup> Ausführlich dazu *BVerfG NJW 1996* 3268; *Jahn* (Konfliktverteidigung) 157 ff; *ZRP 1998* 104; *NStZ 1998* 392.

<sup>252</sup> Zutreffend *Knapp* 127.

Die einseitige Parteinahme des Verteidigers für den Beschuldigten geschieht also **nicht im öffentlichen Interesse**<sup>252a</sup>, sondern wirklich nur um des einzelnen Beschuldigten willen. Daß es im öffentlichen Interesse liegt, diese Art des Beistandes durch die staatliche Gesetzgebung zu garantieren, macht ihn noch nicht zur öffentlichen Aufgabe. Dieser Unterschied ist wichtig und Ausdruck einer bestimmten Auffassung über das Verhältnis von Staat und Gesellschaft, von Rechtsstaat und Sozialstaat. 100

In der historischen Entwicklung dieses Verhältnisses liegt zugleich die von *Hanack*<sup>253</sup> mit Recht beschworene Notwendigkeit der Wahrung des im **Kampf um die freie Advokatur** durchgesetzten Anspruchs der Verteidigerschaft auf „Seriosität“. Sie wird nicht durch organschaftliche Teilhabe am Staat konstituiert, sondern durch Regeln, die sich der Berufsstand selbst gibt, den der moderne Staat, anders als der absolute Staat, anerkennen kann, ohne dafür darauf angewiesen zu sein, ihn zu inkorporieren<sup>254</sup>. Das ist der entscheidende Grund dafür, daß die Alternative zum Organ der Rechtspflege nicht (mehr) die Komplizenschaft mit dem Beschuldigten ist<sup>255</sup> (hinzu kommt, daß dieses Bild mit Blick auf die Stellung des Beschuldigten als Subjekt im Prozeß und die Unschuldsvermutung<sup>256</sup> ohnehin nicht mehr paßt). 101

Das **Berufsrecht** sollte, wenn sich in der Anwaltschaft entsprechende Wünsche formieren, die Bindungen erzeugen, die direkt aufzuerlegen vom Staat nicht mehr erwartet werden darf<sup>257</sup>. Insofern hat die Anwaltschaft die Freiheit, ihre Möglichkeiten, „seriös“ zu sein, selbst auszugestalten. Hier ist dann auch der Ort abzuwägen, was im Interesse einer für die Mandanten generell günstigen Glaubwürdigkeit der Verteidigung vorzusehen ist. Die Grenzen dieses Berufsrechts werden, wie anderwärts auch, durch die allgemeinen Gesetze, nicht zuletzt durch das Grundgesetz (Art. 12 GG), markiert (daß auch die StPO dazu gehört, heißt nicht, sie gebe am Ende doch den Ausschlag<sup>258</sup> – dann wäre der Regelungsmechanismus zirkulär –, vielmehr ist ein Rahmen bezeichnet) und durch die staatliche Aufsicht über Normsetzung und -anwendung der Selbstverwaltungskörperschaften (Anwaltskammer) garantiert (vgl. §§ 62 Abs. 2, 92 ff BRAO), 102

<sup>252a</sup> Anders aber vor allem *Beulke*, der die Parteilichkeit des Verteidigers gerade als Ausdruck jenes öffentlichen Interesses begreift und deshalb eben für eine „eingeschränkte Organthorie“ eintritt (s. die Belege schon oben Fußn. 55, 56 und 227).

<sup>253</sup> S. oben Rdn. 71.

<sup>254</sup> Zutreffend *Dahs* NJW 1975 1386. Er sieht diese Position allerdings in der Rspr. des BVerfG verankert. Das ist angesichts der – auch von *Dahs* (1388) zurückgewiesenen – Rspr. des BVerfG, die dem Verteidiger eine amtsähnliche Stellung zuweist, zweifelhaft.

<sup>255</sup> *Alsberg*, der diese Polarisierung mit der Wendung beklagt hat, daß man zu wählen habe, ob man den Verteidiger „als einen Spießgesellen des Angeklagten ansehen (...) oder ihm eine richterliche Stellung einräumen“ müsse (*JW* 1926 2757), hat diesen Ausweg noch nicht mit der wünschenswerten Klarheit formulieren können, weil auch damals der Anwaltschaft die Folgerungen, die sich für die staatsrechtlich exakte Definition ihrer Position aus der Komplementarität von Staat und Gesellschaft ergeben, nicht bewußt waren. Das Mißverständnis von der Notwendigkeit, den Verteidiger zum Spießgesellen des Beschuldigten zu machen, wenn man

ihn aus den (angeblichen) öffentlich-rechtlichen Bindungen entließe, ist freilich auch heute noch virulent, s. *Beulke* (Verteidiger) 71; *A. Müller* JR 1996 127; *Ankermann* DRiZ 1993 67.

<sup>256</sup> *Dahs* NJW 1975 1386 betont, daß sich an die in Art. 6 Abs. 2 EMRK verbürgte Unschuldsvermutung der Anspruch auf Beistand eines Wahlverteidigers (Abs. 3c) – und das ist der „im Bereich des privaten Wirtschaftslebens“ (1387) seinen freien Beruf ausübende Anwalt – anschließe, denn „in der Praxis pflegen Ideen wie Verfolgung des staatlichen Strafanspruchs bei gleichzeitiger Unschuldsvermutung nur zu funktionieren, wenn sie durch Institutionen oder Personen aktiviert werden, die einmal die Zweckmäßigkeit = Strafverfolgung und zum anderen die Hemmungsmechanismen = Strafverfahrensrecht mit Leben erfüllen. Diese Aufgaben werden vom Staatsanwalt und vom Strafverteidiger wahrgenommen“.

<sup>257</sup> Grundlagen schon bei *Barton* (Mindeststandards) 236 ff. Gegen eine Unterschätzung der Funktion eines guten Berufsrechts *G. Wolf* 375.

<sup>258</sup> So etwa BGHSt 38 12; *Ernesti* JR 1982 228; *Beulke* (Verteidiger) 114 ff.

wobei noch einmal zu betonen ist, daß im modernen Inquisitionsprozeß die **direkte staatliche** Fürsorge für den Beschuldigten hinreichend durch die Objektivitätspflicht von Gericht und Staatsanwaltschaft gesichert ist. Erst recht gilt das für die keinem dialektischen Prinzip verpflichtete staatliche Verantwortung für Wahrheit und Richtigkeit der Entscheidung<sup>259</sup>. Zur Vermeidung im „luftleeren Raum“ (von *Hanack*<sup>260</sup> mit Recht perhorresziert) bleibender Begründungen der Verteidigerstellung bedarf es also – entgegen *Hanack*<sup>261</sup> – nicht der Konstruktion einer **öffentlich-rechtlichen Komponente des Mandatsverhältnisses**. Gleichwohl wird sie immer wieder beschworen. Daß das auch Gegner der Organtheorie tun, ist das Bemerkenswerte. Am deutlichsten wird das bei *Barton*<sup>261a</sup>. Er glaubt, die Begrenzung des Vertragsprinzips durch die §§ 134, 138 BGB sei gleichbedeutend mit der Anerkennung öffentlich-rechtlicher Interessen. Aber mit der öffentlich-rechtlichen Komponente des Mandanten/Verteidiger-Verhältnisses meinen deren Vertreter etwas anderes als nur die allgemeinen Grenzen, die das Recht dem Abschluß von Verträgen zieht. *Barton* selbst räumt das indirekt ein, indem er jene öffentlich-rechtliche Komponente auf die „haftungsrechtlichen Mindeststandards“<sup>261b</sup> reduziert. Denn das zivilrechtliche Haftungsrecht, auf das *Barton* sich bezieht, muß öffentlich-rechtliche Interessen zwar respektieren, ist aber nicht das Instrument, öffentlich-rechtliche Interessen *durchzusetzen* – schon gar nicht von der Art, wie sie den Vertretern der Organtheorie vorschweben. Die der öffentlich-rechtlichen Komponente zugeordnete Funktion jedoch wird entweder damit begründet, daß der Verteidiger andernfalls **nicht durchsetzungsfähig** genug sei, oder damit, daß der Verteidiger über die Interessen des Beschuldigten hinaus der Strafrechtspflege dienen müsse.

- 102a** Was das erste Argument angeht, so gibt es keinen Grund für die Annahme, weshalb die Verteidigerschaft sich nicht auf ihre – auch durch Ausbildung, staatliche Examen **abgesicherte gesellschaftliche Stellung** sowie die fundamentalrechtliche dem **Beschuldigten zugeordnete Position** (vgl. Rdn. 73) besinnen könnte, anstatt sich ihre **Autorität** durch eine **staatliche Bindung zu erkaufen**<sup>261c</sup>. Ist aber mit der öffentlichen Komponente nur gemeint, daß ein ausschließlich an den die Interessen und Wünsche gebundener Verteidiger zu einem ordentlichen Rechtswesen gehört, so genügt vollkommen die **gesellschaftlich-berufsrechtliche Reputation** des Verteidigers. Die andere Erklärung, die für die Existenz der öffentlichen Komponente gegeben wird, findet keine Stütze im Gesetz, auch nicht mit Bezug auf die Pflichtverteidigung. Es bleibt also dabei, daß alleinige Grundlage für die Tätigkeit des Verteidigers der Vertrag mit dem Mandanten ist.
- 103** Den damit entstehenden Freiraum hat nunmehr auch der Gesetzgeber – wenn auch vor allem im Berufs- und Gesellschaftsrecht – normativ anerkannt und abgesichert. Zunächst wurde den Verteidigern mit dem Gesetz über **Partnerschaftsgesellschaften** eine

<sup>259</sup> Wer ein solches Prinzip annimmt, hat es schwerer, den Verteidiger nicht an der Wahrheitsfindung zu beteiligen. Dies dürfte der Grund für den vorsichtigen Standpunkt *Fezers* sein (Strafprozeßrecht 4/9, trotz einer gewissen Nähe zu der hier vertretenen Position [4/6–8]) und u. a. für die Konzeption *Beulkes*. Tiefgehende, auf ebenso vorsichtiger wie umsichtiger Analyse der historischen Entwicklung basierende Zweifel daran, daß dem geltenden Strafprozeßrecht das Modell „eines dialektischen Prozesses der ‚Wahrheitsfindung‘“ zugrunde liege, bei *Vormbaum* aaO (Fußn. 223) 423, 131/132 (mit negativen Folgerungen für die „Organstellung“ des Verteidigers). I. d. S. auch *Richter II* NJW 1993

2155; *Hassemer* in: (Formularbuch<sup>4</sup>) 8 und *ders.* KritV 1990 269; *Wassmann* 113.

<sup>260</sup> *Hanack* (s. Fußn. 164) 35.

<sup>261</sup> AaO 2 ff.

<sup>261a</sup> *Barton* (Mindeststandards) 289 f.

<sup>261b</sup> S. auch schon oben Fußn. 142.

<sup>261c</sup> Dieser Versuchung sollten sie auch nicht mit Blick auf die Entscheidung des BVerfG zur Observationsproblematik (vgl. oben Fußn. 247) erliegen. Die dort aufgestellten Postulate können ohne weiteres, auf die verfassungsrechtlich gesicherte gesellschaftliche Stellung des Verteidigers gestützt werden.

neue Rechtsform für die Kooperation zur Verfügung gestellt<sup>262</sup>. Entgegen dem Regierungsentwurf zu einem Gesetz über die Anwalts-GmbH vom 9.2.1998<sup>263</sup> wurde in der gesetzlichen Regelung des § 59a Abs. 1 BRAO nun auch die **Strafverteidiger-GmbH** erlaubt. Nach § 59 Abs. 1 S. 4 BRAO ist Verteidiger i. S. d. §§ 137 ff aber nur die für die RA-GmbH handelnde Person. Auch aus dieser Entscheidung ergibt sich wegen § 13 Abs. 3 GmbHG – wenn es dessen noch bedurft hätte – ein weiteres Argument gegen die Organthese, denn die Strafverteidiger-GmbH ist kraft Gesetzes eine **Handelsgesellschaft**, keine Vereinigung von Rechtspflegeorganen<sup>264</sup>.

**b) Der Verteidiger als „ein Stück sozialer Gegenmacht“.** Die Kritik an der Stellung des Verteidigers als Organ der Rechtspflege wird oft unter Berufung darauf, daß der Verteidiger „ein Stück sozialer Gegenmacht“ sei<sup>265</sup>, vorgetragen. Eine ausführliche Begründung dieses Standpunkts findet sich nirgends, so daß Mißverständnisse in der Auseinandersetzung damit nicht auszuschließen sind. Da der Eindruck, daß **soziale** (oder auch gesellschaftliche) **Gegenmacht** hier als direkte Legitimation und nicht nur als **gemeinschaftsbezogenes Motiv** der Verteidigung begriffen wird, jedenfalls nicht von der Hand zu weisen ist, muß auf die fehlende rechtliche Fixierung dieses Ausgangspunkts hingewiesen werden. Daraus abzuleitende rechtliche Konsequenzen für die konkrete Aufgabenerfüllung des Verteidigers kann es mithin gar nicht geben. Inhaltliche Bedenken gegen ein Verständnis des Verteidigers als Repräsentant sozialer Gegenmacht treten hinzu<sup>266</sup>. Leicht könnte es passieren, daß im Namen dieser sozialen Gegenmacht, welche für die Interessen vieler oder (sogar) kollektiver Interessen steht, die Wahrnehmung des Interesses eines einzelnen Beschuldigten im konkreten Verfahren zum Mittel für die Erreichung eines gesellschaftlichen Zwecks würde (etwa in Gestalt eines Musterprozesses, der „durchgezogen“ wird, obwohl die rechtliche Möglichkeit bestünde, die Strafverfolgung gegenüber dem Beschuldigten selbst in einem früheren Verfahrensstadium zu beenden).

**c) Begründung der Stellung des Verteidigers aus seiner „Berufsrolle“.** Die – ebenfalls nicht klar formulierte, aber in manchen Äußerungen über die Stellung des Verteidigers mitschwingende – Vorstellung, daß auch die **rechtlich** abgrenzbare und nicht nur die nach dem Berufsrecht sich ergebende Stellung des Verteidigers aus der – „richtigen“ – **Definition seines Berufes** abgeleitet werden könne (so daß es für die Grundlegung und Ausgestaltung der Beziehung zwischen Verteidiger und Beschuldigtem nicht auf den zivilrechtlichen Vertrag, geschweige denn auf dessen Einzelheiten ankomme<sup>267</sup>), ist insofern den gleichen Bedenken ausgesetzt wie die Lehre vom Organ der Rechtspflege und der sozialen Gegenmacht, als im positiven Recht Vorschriften fehlen, die aus der Berufsrolle eine Rechtsquelle machen.

Was Organtheorie einerseits und Vertragstheorie andererseits angeht, so sind die Positionen klar abgegrenzt, und man muß sich entscheiden. Irgendwo ist auch das ein Stück Rechtspolitik. Jeder weiß, was im einzelnen dahinter steht. Aber was noch ganz ungeklärt ist, ist die Gegnerschaft gegen beides. Nicht Organtheorie, nicht Vertragstheorie, sondern etwas Drittes: **unabhängiger Beistand**<sup>268</sup>. Doch was ist die Rechtsgrund-

<sup>262</sup> Gesetz vom 25.7.1994 (BGBl. I, S. 1744), dazu *Karsten Schmidt* Die Freiberufliche Partnerschaft, NJW 1995 1.

<sup>263</sup> BTDrucks. 13 9820. Vgl. dazu *Gerlt* MDR 1998 262; *Jahn* (Konfliktverteidigung) 163 f.

<sup>264</sup> Überzeugend *Henssler* NJW 1993 2143 f; *Redeker* NJW 1987 2612.

<sup>265</sup> *Holtfort* in: Holtfort (Hrsg.) 45 und *ders.* KJ 1977 313; KJ 1978 368 sowie *Göddeke* 244 ff.

<sup>266</sup> Dagegen auch *Paulus* NSZ 1992 307; *Jahn* (Konfliktverteidigung) 165 f; diff. *Stryz*: 44, *zusf. Bernsmann* in: *Blaurock* (Hrsg.) 117; *StraFo*. 1999 226.

<sup>267</sup> S. etwa *Jungfer* StV 1983 393.

<sup>268</sup> Dies ist vor allem von *Hamm* (NJW 1993 289) herausgearbeitet worden – freilich mit bemerkenswerten Konzessionen an die Prävalenz des Willens des Mandanten im Ernstfall eines Dissenses (294).

lage für den unabhängigen Beistand? Das weiß niemand. Art. 12 GG ist nicht konkret genug. Die Vorschrift gilt für alle Berufe. Was soll also speziell für den Verteidiger als unabhängigen Beistand daraus abgeleitet werden? Das gleiche gilt für § 1 BRAO. Alle Anwälte sind dort gemeint. Immerhin gibt es eine gewisse Festlegung: unabhängiger, freier Beruf. Aber das reicht nicht, vor allem ergeben sich die Besonderheiten für den Strafverteidiger (der jetzt auch äußerlich zunehmend spezialisiert als Fachanwalt für Strafrecht<sup>269</sup> auftritt) nicht ohne weiteres, so daß man allein schon aus dieser Negativposition sagen muß: Organtheorie oder Vertragstheorie – tertium non datur.

**105b** Worauf es ankommt, sind berufsrechtliche inspirierte, möglichst viele Situationen abstrakt vorweg erfassende **Vertragsklauseln**. Der Gesetzgeber ist insoweit freilich nicht gefragt. Vielmehr wäre das eine Sache der berufsethischen Kommentierung<sup>270</sup>, die hier nicht geleistet werden kann.

**105c** Es mag mit dem – aus dem **Berufsethos wohlbegründeten – Selbstverständnis** von Anwälten zusammenhängen, daß sie, ähnlich wie die (etwa bei der Frage der Sterbehilfe und Einwilligung auf den Regeln ihrer Standesethik bestehenden) Ärzte, die Notwendigkeit einer exakten, ins Detail gehenden positiv-rechtlichen Fundierung ihrer Tätigkeit nicht einsehen mögen, mit der Folge, daß eben deshalb auch das Bedürfnis sich nicht ausgebildet hat, die §§ 137 ff durch Rückgriff auf andere zuständige Regelungsmaterien entsprechend zu ergänzen.

**105d** Hier liegen vor allem Aufgaben der **berufsrechtlichen Arbeit**<sup>271</sup>. Der Hinweis, die Unabhängigkeit des Berufsstandes lasse nicht zu, daß man einen Vertrag mit dem Mandanten zur Grundlage der Tätigkeit des Verteidigers mache<sup>272</sup>, liegt neben der Sache, denn Verträge gehören zu den wesentlichen Grundlagen eben der Gesellschaft, die den freiheitlichen Berufsstand des unabhängigen Anwalts hervorgebracht hat.

**106 d) Der Verteidiger als Vertreter des Beschuldigten**<sup>273</sup>. Die Auffassung, es sei für die Stellung des Verteidigers bestimmend, daß er den Beschuldigten **vertrete**, hat weitgehend an Bedeutung verloren<sup>274</sup>. Gegen sie spricht das inzwischen unstrittige Prinzip der Autonomie des Beschuldigten, seine Subjektstellung im Prozeß. Ferner tritt der grundsätzliche **Mangel** der Vertretungsmacht vornehmlich auch darin hervor, daß die Anwesenheit des Verteidigers die des Beschuldigten (§ 230, § 329 Abs. 1 S. 1), das Anhören des Verteidigers das des Beschuldigten nicht ersetzt<sup>275</sup>, und daß Erklärungen des Verteidigers nicht die Wirkung von solchen des Beschuldigten zukommt<sup>276</sup>, so daß gegen einen ausgebliebenen Angeklagten grundsätzlich auch dann keine Hauptverhandlung stattfindet, wenn der Verteidiger erschienen ist (§ 230). Gibt der Verteidiger in Anwesenheit des Beschuldigten eine Erklärung ab, so ist diese nur wirksam, wenn der Beschuldigte sie genehmigt<sup>277</sup>, wobei sein Stillschweigen seine Genehmigung in der Regel<sup>278</sup> beinhaltet, was allerdings nicht der Fall ist, wenn er die Einlassung zur Sache verweigert hat.

<sup>269</sup> Vgl. §§ 1 S. 2, 13 FachanwaltsO, (s. auch *Kleine-Cosack NJW 1997 1263*).

<sup>270</sup> S. dazu oben Rdn. 54 Fußn. 152 und unten Rdn. 137a.

<sup>271</sup> Vgl. im einzelnen *Lüderssen* in: Egon Müller-Symposion 41 (44/55).

<sup>272</sup> *Widmaier* FG Bundesgerichtshof IV 1045.

<sup>273</sup> Dieser Auffassung wird zu Unrecht oft mit der „Vertragstheorie“ gleichgesetzt (so z. B. von *Hammerstein* NSTZ 1997 13; *AK-Stern* Vor 137, 24); gegen dieses Mißverständnis ausdrücklich LR-*Rieß* Einl. I 108

<sup>274</sup> Zu den Begründungen im älteren Schrifttum LR-*Dünnebiel*<sup>23</sup> Vor § 137, 2. Die Begr., mit der *Spendel*

740 für diese Theorie eintritt, spricht eigentlich mehr für den hier vertretenen Standpunkt (s. Rdn. 33 ff).

<sup>275</sup> RGSt 18 141.

<sup>276</sup> RGSt 44 285; OLG Celle NJW 1989 992; dazu jetzt instruktiv mit vielen Belegen *Park* Die prozessuale Verwertbarkeit verschiedener Formen der Beschuldigteneinlassung im Strafverfahren, StV 2001 589 ff (593 ff).

<sup>277</sup> RGSt 18 141.

<sup>278</sup> RGSt 1 198. Zu den daraus erwachsenden Problemen *Sieg* StV 1987 415.

Wenn auch der Verteidiger kein Vertreter ist, so kann ihn der Beschuldigte doch dazu bestellen und wird dies bei einem Wahlverteidiger auch oft tun. In gewissen Fällen muß der Beschuldigte, wenn er vertreten werden will, sich dazu eines Verteidigers bedienen und diesen dazu schriftlich **bevollmächtigen** (s. vor allem § 234<sup>279</sup>, ferner §§ 350 Abs. 2 S. 1, 387 Abs. 1, 411 Abs. 2, 434<sup>280</sup>). 107

e) **Der Verteidiger als Beistand des Beschuldigten.** Wenig zu sagen ist zu der Auffassung, der Verteidiger sei der **Beistand** des Beschuldigten<sup>281</sup>. Diese Formel deutet nur die Richtung an, in die sich die Tätigkeit des Verteidigers entfalten muß, gibt seiner Funktion also einen bestimmten inhaltlichen Akzent. Grund und Ausgestaltung der **rechtlichen** Legitimation des Verteidigers bleiben offen. Zwar kennt auch die **Europäische Menschenrechtskonvention** das Recht auf angemessenen Verteidigerbeistand. Nach der Rechtsprechung des EGMR<sup>282</sup> folgt auch unmittelbar aus Art. 6 Abs. 3c EMRK der Grundsatz **konkreter und wirklicher Verteidigung**. Aber damit ist – trotz der begrüßenswerten Deutlichkeit der Formulierung – nichts gesagt, was nicht schon positiv-rechtlich aus der Vertragskonzeption zu folgern wäre (vgl. auch oben Rdn. 73). 108

Auf der Basis der hier vertretenen Konzeption kann man also den Verteidiger durchaus als **Beistand des Beschuldigten** bezeichnen, weil keine Mißverständnisse über die wahre Rechtsgrundlage seiner Tätigkeit aufkommen können und die Einzelheiten der Ausgestaltung dieser **Beistandspflicht** sich aus dem Vertragsverhältnis zwischen Verteidiger und Beschuldigtem ergeben. Wird indessen diese Rechtsgrundlage nicht angegeben, entsteht der Eindruck, mit der zugewiesenen Rolle des Beistandes sei gleichzeitig die Rechtsgrundlage mitgeliefert oder überflüssig gemacht. Das aber ist aus den gleichen Gründen anfechtbar wie die entsprechende Ableitung aus der Rolle des Repräsentanten sozialer Gegenmacht (Rdn. 104) oder des durch seine tradierten und reflektierten, anerkannten Berufsregeln definierten Verteidigers (Rdn. 105). Zwar stimmen die Ergebnisse mit dem, was sich aus der Vertragsgestaltung ergibt, teilweise überein (was freilich nichts daran ändert, daß sie nicht **rechtlich** abgesichert sind). Bedeutsamer ist, daß aus seiner Beistandsfunktion darüber hinaus das Recht des Verteidigers, prozessual selbständig zu handeln, gefolgert und eine Reihe von Vorschriften der Strafprozeßordnung, die aus ganz unterschiedlichen Gründen speziell an den Verteidiger adressiert sind (darüber genauer Rdn. 146 ff), unter dieses Prinzip gestellt werden<sup>283</sup>. Insofern treten zu den schon aufgeführten Einwänden auch noch diejenigen, die gegen die Organtheorie vorgebracht worden sind. 109

## II. Zu speziellen Problemen der Verteidigerstellung

Den Rahmen bildet die herkömmliche Unterscheidung zwischen **Rechten und Pflichten** des Verteidigers<sup>284</sup>. 110

<sup>279</sup> Ausführliche Erläuterung LR-Gollwitzer § 234, 1; 6; 11 ff.

<sup>280</sup> S. dazu Schnarr NStZ 1986 489; Weiß NJW 1983 89, 91.

<sup>281</sup> Den Vorrang der Beistandsfunktion gegenüber der Organstellung betonen immerhin LK-Ruß<sup>11</sup> § 258, 19; Roxin JZ 1997 345; Schneider Jura 1989 34; Krekeler NStZ 1989 153; Tondorf StV 1983 258; Seier JuS 1981 807. Abl. Pfeiffer DRiZ 1984 342. Darüber, daß früher auch von einer Bindung der Beistandschaft an den Staat gesprochen wurde, LR-

Dünnebieber<sup>23</sup> Vor § 137, 3 mit Belegen aus der älteren Literatur.

<sup>282</sup> Leading case ist immer noch EGMR StV 1985 442 – Goddi. Zumindest sprachlich hat sich dem auch der BGH angeschlossen, vgl. BGHSt 39 146; 39 314; 38 374; 38 349; BGH StV 2000 294.

<sup>283</sup> S. LR-Dünnebieber<sup>23</sup> Vor § 137, 6 ff.

<sup>284</sup> Ausführlich und mit systematisch geordneter Kasuistik: Hassemer in: (Formularbuch<sup>4</sup>) 23 ff vgl. auch die Aufzählung bei Beulke FS Roxin 1181 ff.

- 111 1. Rechte des Verteidigers.** Jeweils ist zu unterscheiden zwischen dem sachlichen Gehalt und den Folgen bei Überschreitung eines Rechts.
- a) Die Rechte nach ihrem sachlichen Gehalt**
- 112 aa) Zum allgemeinen Handlungsspielraum des Verteidigers.** Er wird durch den Vertrag zwischen Beschuldigtem und Verteidiger abgesteckt (vgl. näher Rdn. 33 ff). Der Vertrag ist die Grundlage für das wechselseitige **Vertrauen**<sup>285</sup>. Das ergibt sich aus § 242 BGB. Je nach Ausgestaltung des Vertrages ist das Verhältnis mehr oder weniger abhängig von Wünschen oder Weisungen des Beschuldigten (umgekehrt kann der Vertrag auch eine gewisse Abhängigkeit des Beschuldigten vom Verteidiger vorsehen). Im Umkehrschluß aus § 665 S. 1 BGB ergibt sich dabei, daß der Strafverteidiger grundsätzlich an die Weisungen des Mandanten gebunden ist<sup>286</sup>. Das Ziel dieser Geschäftsbesorgung ist es dabei regelmäßig, den Mandanten vor Verurteilung zu bewahren oder jedenfalls das für den Mandanten günstigste Verfahrensergebnis zu erzielen<sup>287</sup>. Die Mittel zur Zielerreichung sind im Rahmen privatautonomer Rechtsgestaltung frei wählbar. In der Regel – keinesfalls zwingend – wird es so sein, daß der Verteidiger vor allem alles vortragen wird, was seinem Mandanten nutzt oder was dieser in der Hauptverhandlung erörtert haben will. Das, was insoweit im Vertrag frei vereinbart werden kann, findet seine Grenze in den gesetzlichen Verböten (§ 134 BGB) und den guten Sitten (§ 138 BGB).
- 113** Was die **zu beachtenden gesetzlichen Verböte** betrifft, so geht es im wesentlichen um Strafgesetze.
- 114 (1) Die den Beschuldigten wie den Verteidiger treffenden Strafgesetze**<sup>288</sup>. Verstößt eine Einzelvereinbarung im Mandatsvertrag gegen eine gesetzliche Bestimmung, dann ist das Rechtsgeschäft nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt, § 134 BGB. Ob ein Verstoß gegen ein Verbotsgesetz vorliegt, ist durch Auslegung der jeweiligen Verbotsnorm zu klären. Nur dann, wenn sich das Verbot gegen Vornahme und Inhalt des Rechtsgeschäfts richtet, um gerade seinen rechtlichen oder wirtschaftlichen Erfolg zu verhindern, ist die Norm auch Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB<sup>289</sup>. Der Beschuldigte kann vom Verteidiger also nicht wirksam verlangen, der Verteidiger kann sich dem Beschuldigten gegenüber nicht wirksam verpflichten, Aktivitäten zu unternehmen oder unternehmen zu lassen, die etwa den Tatbestand der Urkundenfälschung, der falschen unedlichen Aussage oder des Meineides, der Nötigung, der Körperverletzung, des Geheimnisverrats, der Bestechung, des Parteiverrats, der Ehrverletzung, der Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes erfüllen – jeweils unter Einschluß nach §§ 26, 27 StGB strafbarer Teilnahmehandlungen.
- 115** Schwierigkeiten bereitet § **129a StGB**. Grundsätzlich gelten die Straftatbestände für jedermann, mithin auch für den Verteidiger in der Hauptverhandlung. Die Struktur bestimmter Straftatbestände birgt indessen für den Rechtsanwalts das Risiko, daß ein prozessual erlaubtes, im Rahmen wirksamer Verteidigung liegendes Verhalten in den Anwendungsbereich des Straftatbestandes fallen kann. Daß Strafverteidigung ihrer Natur nach auf den Schutz des Beschuldigten vor Anklage, Verhaftung und Verurteilung ausgerichtet ist, wirkt sie sich beispielsweise auf dem Felde der Organisationsdelikte (§§ 129, 129a StGB) mitunter notwendigerweise günstig auf den Fortbestand einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung aus<sup>290</sup>. Die Grenze soll dann erreicht sein, wenn das Verhal-

<sup>285</sup> Ausführlich *Lüderssen* Bedeutung und Wirkung von „Vertrauen“ in der Beziehung zwischen Mandant und Verteidiger, in: Egon Müller-Symposium 47 ff.

<sup>286</sup> *Heeb* 35; *Jahn* (Konfliktverteidigung) 248; im Erg. auch *Heinicke* 232 f.

<sup>287</sup> *Herzog StV* 1994 168; *Rückel* Rdn. 90. Andere Verteidigungsziele sind im Rahmen der Privatautonomie selbstverständlich denkbar.

<sup>288</sup> S. auch unten Rdn. 167.

<sup>289</sup> *Soergel-Hefermehl*<sup>12</sup> (1987) § 134, 14.

<sup>290</sup> *BGH NJW* 2000 2218 f.



ten sich von der Stellung des Verteidigers an der Seite von Gericht und Staatsanwaltschaft entferne und den Kampf des Mandanten gegen die Rechtspflege unterstütze<sup>291</sup>. Die Vagheit des Tatbestandes macht aber die Ausgrenzung dessen, was noch keine Unterstützung der Vereinigung ist, sondern „nur“ Verteidigung, schwierig<sup>292</sup>. Dies insbesondere deshalb, weil das Recht des Beschuldigten, sich als Subjekt im Prozeß zur Geltung zu bringen, auch sein Interesse an der Wahrung seiner *Identität*, gegebenenfalls der „politischen Identität“, einschließt und seine Stellung, dies ist immer wieder hervorzuheben, durch die Inanspruchnahme eines Verteidigers nicht verschlechtert werden darf<sup>293</sup>.

Ein Beispiel für die tatbestandseinschränkende Funktion<sup>294</sup> der Strafverteidigung ist die Auslegung des **§ 86 Abs. 3 StGB** (in Verb. mit § 130 Abs. 5 StGB)<sup>295</sup>. Danach sind verteidigungsbezogene politische Erklärungen des Verteidigers nicht strafbar, es sei denn die zu beurteilende Prozeßerklärung des Verteidigers ist ohne jeden Bezug zur Verteidigung oder erweist sich als verteidigungsfremdes Verhalten, das sich nur den äußeren Anschein der Verteidigung gibt<sup>296</sup>. So richtig die Ergebnisse dieser Differenzierung sein mögen: Mit ihr ist aber gleichzeitig die Grenze der **Fremdkontrolle der Verteidigung** durch das Gericht berührt, „wenn über Ob und Wie der Strafverteidigung nicht das faktische Interesse des Beschuldigten, sondern ein ‚wohlverstandenes‘ Interesse entscheiden würde, das in Wirklichkeit von anderen Verfahrensbeteiligten definiert wird“<sup>297</sup>.

Als sehr problematisch hat sich in jüngster Zeit auch der „Geburtsfehler“ des **§ 261 StGB** herausgestellt, die Rechtsanwaltschaft – und insbesondere die Strafverteidigung – nicht von vornherein von dem **Anwendungsbereich der Norm auszunehmen**.

Es wird die Auffassung vertreten<sup>298</sup>, der Verteidiger mache sich der **Geldwäsche** strafbar, wenn er seine Tätigkeit mit Geld bezahlen lasse, das von einer Straftat aus dem Vortatenkatalog herrührt. Auch die Annahme des Honorars sei ein sich verschaffen i. S. des § 261 Abs. 2 StGB. Dann reiche es aus, wenn die bemakelte Herkunft des Geldes leichtfertig nicht erkannt werde (§ 261 Abs. 5 StGB).

Ein umfassendes Verbot, **bemakelte Gelder als Strafverteidigerhonorare** entgegenzunehmen, steht hingegen nach Ansicht des HansOLG Hamburg<sup>299</sup> mit verfassungsrechtlich geschützten, tragenden Grundsätzen eines rechtsstaatlich geordneten Strafverfahrens und dem Recht des Verteidigers (Art. 12 Abs. 1 GG) auf freie Berufsausübung nicht in Einklang<sup>300</sup>. Die erforderliche Klarstellung könne sinnvoll nur im objektiven Tatbestand des § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB erfolgen. Das Honorarprivileg findet seine Grenze nach der Entscheidung des HansOLG Hamburg<sup>301</sup> erst bei den in § 261 Abs. 1 StGB beschriebenen Manipulationen, ferner dann, wenn der Verteidiger Mittel annimmt, die an ein **Tatopfer zurückzugewähren** oder ihm als Schadensersatz weiter zu

<sup>291</sup> OLG Hamburg JZ 1979 276.

<sup>292</sup> S. im einzelnen § 138a, 134 ff.

<sup>293</sup> Ausführlicher Lüderssen FS Sarstedt 162.

<sup>294</sup> *Streng JZ 2001 208* meint hingegen, es liege hier doch „typisiertes“ Unrecht vor und glaubt deshalb, daß eine „Rechtfertigungsnorm“ der Sachlage eher gerecht werde.

<sup>295</sup> BGH StV 2000 418 (BGH 46 36); s. dazu auch *Widmaier FG Bundesgerichtshof IV 1047/7* und – zur genaueren Analyse der Konstruktion – unten Rdn. 139 und 169.

<sup>296</sup> Im konkreten Fall hat der BGH allerdings angenommen, daß der Verteidiger verteidigungsfremde Zwecke verfolgt hat; insoweit zust. *Stegbauer JR 2001 38*; a. A *Streng aaO*.

<sup>297</sup> *Hassemer ZRP 1980 331*, s. auch *Barton StV 1989 46*.

<sup>298</sup> *Burger/Peglau wistra 2000 164*; *Reichert NSZ 2000 317*; *Schaefer/Wittig NJW 2000 1389*.

<sup>299</sup> OLG Hamburg StV 2000 140.

<sup>300</sup> Ebenso, wenn auch mit teilweise anderer Begr., *Bernsmann StV 2000 40*; *Hamm NJW 2000 637*; diff. nach dem Wissensstand des Verteidigers im konkreten Fall *Matt* Stellungnahme der Deutschen Strafverteidiger e. V. zum Thema Strafverteidigerhonorar und Geldwäsche (BRAK-RS-Nr. 128/ 99), 39 f.

<sup>301</sup> AaO.

reichen sind; für eine Privilegierung des Verteidigers zu Lasten von Tatopfern bestehe kein Anlaß<sup>302</sup>.

- 116c** Für die künftige Erörterung der noch nicht abschließend klärbaren Frage wird es vor allem darauf ankommen, daß eine Auseinandersetzung mit dem Argument stattfindet, es mache keinen Unterschied, ob ein Mandant **überhaupt kein Geld** oder nur „**schmutzigen**“ habe. Jeder „mittellose Beschuldigte“ müsse „sich in einer ähnlichen Situation ebenfalls mit einem Pflichtverteidiger „begnügen“ (oder sich selbst verteidigen, wenn die Voraussetzungen des § 140 nicht vorliegen). „Diesem steht der Beschuldigte, der nur über rechtswidrig erworbene Vermögenswerte verfügt, gleich, denn es besteht kein Anspruch auf Verwertung solcher Vermögensgegenstände“<sup>303</sup>.
- 116d** Das kann nicht heißen, daß der Wahlverteidiger dann eben unter Umständen ganz verschwinden oder sein Auftreten doch jedenfalls empfindlich dezimiert werden darf. Denn trotz der – vor allem in § 142 Abs. 1 S. 2 (freilich nur annähernd<sup>303a</sup> erreichten) – Gleichstellung der Pflichtverteidigung mit der Wahlverteidigung würden doch große Lücken bleiben (vor allem in Ermittlungsverfahren)<sup>304</sup>. Daß die Kritiker des HansOLG Hamburg ernstlich so weit gehen möchten, ist nicht anzunehmen<sup>305</sup>. Also hängt alles weitere davon ab, ob die Anwendung des § 261 StGB tatsächlich einen so erheblichen **Eingriff in die Wahlverteidigung** bedeutet. Darin stecken zwei Fragen. Einmal: worin bestehen diese Eingriffe? Zum anderen: in welchem Umfang ist die Wahlverteidigung betroffen?
- 116e** Zur ersten Frage: Wenn der Strafverteidiger in die Verlegenheit gerät, dem Gericht mitzuteilen, er müsse den Fall wieder abgeben bzw. sich selbst zum Pflichtverteidiger bestellen lassen, so lenkt er den **Verdacht der Staatsanwaltschaft auch in der Hauptsache** auf seinen **Mandanten**. Das darf er nicht. Alle einschlägigen Ermittlungsmaßnahmen der Staatsanwaltschaft, die zu entsprechenden Offenbarungen der Herkunft des Honorars führen sollen, greifen, ohne daß es dafür Handhaben in der Strafprozeßordnung gibt, in die Wahrnehmung der Aufgaben des Strafverteidigers<sup>306</sup> und das Recht des Beschuldigten, sich seinem Verteidiger anzuvertrauen und Selbstbelastung zu vermeiden<sup>306a</sup>, ein<sup>307</sup>. Der Schaden ist irreparabel<sup>308</sup>.

<sup>302</sup> Gegen diese Einschränkung *Lüderssen* StV 2000 aaO; auch *Hefendehl* FS Roxin 145 (147) äußert hier Zweifel; *Katholnigg* NJW 2001 204 (2044) sieht in der Einschränkung freilich ein „Judiz für die Bedenklichkeit der ganzen Konstruktion des OLG Hamburg“.

<sup>303</sup> *Burger/Pegla* Geldwäsche durch Entgegennahme „kontaminierten“ Geldes als Verteidigerhonorar, *wistra* 2000 161 f (164); im gleichen Sinne *Schaefer/Wittig* NJW 2000 1388 f; *Reichert* Anm. zur Entscheidung des OLG Hamburg NStZ 2000 316 f; im Erg. so auch *Grüner/Wasserburg*: „Wahlverteidigung fällt nicht unter den lebenswichtigen Bedarf im Sinne sozialstaatlicher Grundsätze“; so jetzt auch BGH StV 2001 506 (mit zust. Anm. v. *Pegla* *wistra* 2001 461; *Neuheuser* *wistra* 2001 647); *Katholnigg* NJW 2001 2041 (2045) mit dem anfechtbaren Argument, die Regelung des Art. 6 III c EMRK decke sich in der „Zielsetzung mit § 140 StPO“.

<sup>303a</sup> Dazu *Nestler* StV 2001 641.

<sup>304</sup> Zutreffend v. *Galen* StV 2000 581; gut herausgearbeitet von *Nestler* StV 2001 aaO auch mit Blick auf den Zeitpunkt der Bestellung des Pflichtverteidigers; S. zum ganzen ferner *Kulisch* Strafverteidigerhonorar und Geldwäsche, StraFo. 1999 337; *Hetzer*

Geldwäsche und Strafverteidigung, *wistra* 2000 281; *Ambos* Annahme „bemakelten“ Verteidigerhonorars als Geldwäsche? JZ 2002 70 (auch rechtsvergl.).

<sup>305</sup> Auch der Gesetzgeber nicht (aus den Materialien geht lediglich hervor, er habe [nur] das organisierte Verbrechen auch durch Abschneidung von der Wahlverteidigung treffen wollen).

<sup>306</sup> Anschauliche Fallbeschreibungen bei *Ferdinand Gilmeister* Das Honorar des Strafverteidigers und Geldwäsche, Referat, gehalten beim Deutschen Anwaltstag 2000.

<sup>306a</sup> Zutreffend hervorgehoben von *Nestler* StV 2001 aaO.

<sup>307</sup> Nicht nur die Wahlverteidigung übrigens kann auf diesem Wege zerstört werden; vielmehr belastet die Vorgeschichte auch die dann sich anschließende Pflichtverteidigung. Sie wird zur Pflichtverteidigung zweiter Klasse. Dies verkennt insbesondere der BGH aaO (Fußn. 303); die vergleichenden, zur Relativierung des hier geltend gemachten Argumentes angestellten Überlegungen gehen an den Tatsachen vorbei; so auch *Bernsmann* StraFo. 2001 345 und *Nestler* StV 2001 aaO; krit. auch die Anm. v. *Leitner* StraFo. 2001 388.

<sup>308</sup> Sollte das Bedürfnis, den Verteidiger wegen Geld-

Schwieriger zu beantworten ist die andere Frage. Eingriffe in die Wahlverteidigung, die darauf hinauslaufen, daß der Verteidiger wegen der Verletzung von Rechtsgütern, **die nicht direkt mit der Rechtspflege** zu tun haben – wie sie etwa in den §§ 267, 164 StGB geschützt sind – strafbar ist, erregen überhaupt keinen Anstoß. Das gilt insbesondere auch für die Strafbarkeit nach § 259 StGB. 116f

Die Frage ist, ob für § 261 StGB – der eigentlich nur eine erweiterte Strafvorschrift gegen Hehlerei ist – eine Ausnahme gemacht werden soll. Eine vorläufige Antwort ist schon gegeben worden: **Die Zahl der Fälle**, in denen die Wahlverteidigung durch die Ermittlungen wegen der Strafbarkeit des Verteidigers nach § 261 StGB behindert, bzw. zerstört würde, **ist zu groß**. Das empirische Moment, das hier ins Spiel kommt, scheint den Anspruch auf normative Stringenz zu stören. Man muß das im normativen Urteil enthaltene empirische Implantat deshalb vielleicht etwas deutlicher herausarbeiten.

Vorgänge, die eine Rechtsvorschrift unanwendbar machen, müssen entweder unterbleiben, oder aber die Rechtsvorschrift muß weichen. Die Rechtssoziologie hat das vielfältig beobachtet. Wenn der Vorgang, der eine Rechtsvorschrift unanwendbar macht, durch die Anwendung einer anderen, vornehmlich neuen Vorschrift erfolgt, dann geht es um die Prüfung der Funktion dieser neuen Vorschrift für die Anwendung der alten. Wird die Anwendung der alten Vorschrift unmöglich, so muß entschieden werden, welche Vorschrift weicht. Auf das Problem der Strafverteidigung bezogen heißt das: wenn in *allen* Fällen der Wahlverteidigung durch die Anwendung des § 261 (hier Abs. 2) StGB die Wahlverteidigung unmöglich gemacht oder zerstört *würde, wäre* § 137, wonach sich der Beschuldigte in jeder Lage des Verfahrens eines Verteidigers bedienen kann, **außer Funktion gesetzt**. Da in diesem Falle niemand an die Abschaffung des § 137 ernstlich denken würde, müßte § 261 StGB insoweit weichen. Der rechtstechnische Weg wäre die teleologische Reduktion<sup>309</sup>. 116g

Diese Argumentation wäre derjenigen vergleichbar, die man anstellen müßte, um die – selbstverständliche – Nichtanwendung des § 258 StGB auf den „Normalfall“ der Verteidigung zu begründen. Der Verteidiger ist eo ipso Strafreitler. Dies freilich nur, wenn man eine Konzeption der Strafverteidigung zugrunde legt, wonach der Verteidiger **nicht bei der Ermittlung der Wahrheit** mitwirkt, dies vielmehr Gericht und Staatsanwaltschaft überlassen bleibt, sondern einseitig die Interessen des Beschuldigten wahrnimmt und zwar keineswegs objektiv<sup>310</sup>. (Anderenfalls müßte man wohl sagen, daß der Verteidiger 116h

wäsche zu bestrafen, gleichwohl unabweisbar bleiben, so müßte die Regelung in den §§ 138a ff, wonach ein Strafverteidiger vom Verfahren ausgeschlossen werden kann, um diesen Tatbestand ergänzt werden. Bezeichnend ist, daß der Gesetzgeber seinerzeit diese Konsequenz nicht ziehen wollte. Aber gerade deshalb ist offensichtlich, daß der einzige Weg, auf dem eine Ausschaltung des Verteidigers, von dem man annimmt, daß er zu tief in die Belange seines Mandanten verstrickt ist, erreicht werden kann, nicht durch die bloße Aufnahme einschlägiger Ermittlungen umgangen werden darf.

<sup>309</sup> Ob man dabei so weit gehen müßte, die Verfassungswidrigkeit des den seine Anwendung auf das Honorar der Strafverteidiger betreffenden Teils von § 261 StGB zu behaupten, wäre eine andere Frage. In der Tat ist das Recht auf Wahlverteidigung verfassungsrechtlich und auch durch die

EMRK (dazu v. *Galen* StV 2000 581) verbürgt, wobei man freilich nicht mit dem Prinzip des fairen Verfahrens arbeiten sollte; insoweit ist nach der bisherigen Rspr. des BVerfG auch die Pflichtverteidigung ausreichend. Die weitere sich daran anschließende – prozessuale – Frage, ob bei dieser Sachlage eine Vorlage an das BVerfG nötig sein würde (So *Schaefer/Wittig*), mag dabei auf sich beruhen. Wahrscheinlich ist es eher so, daß diese verfassungsrechtlich gebotene Einschränkung der Anwendbarkeit des § 261 StGB noch auf dem Gebiet der Auslegung liegen würde, so daß eine Vorlegung nicht erforderlich wäre (i. d. S. auch *Detlef Müther* Verteidigerhonorar und Geldwäsche, JURA 2001 318); vgl. zum ganzen die sorgfältigen Erörterungen von *Hefendehl* FS Roxin 157 ff; s. auch *Beulke* FS Roxin 1178.

<sup>310</sup> S. dazu *Jahn* (Konfliktverteidigung) 134 f in Auseinandersetzung mit *Welp*.

keineswegs eo ipso ein Strafvereitler ist, sondern in einem umfassenden Sinne das prozessuale Geschehen positiv mitgestaltet. Erfüllt er diese Erwartung nicht, dann steht sofort die Strafdrohung des § 258 StGB bereit. Sie ist – nach dieser Konzeption – also nicht genuin inexistent für den Verteidiger.) Die den § 261 StGB **derogierende** Wirkung des § 137 – angewendet auf den Strafverteidiger – wäre also unter der hier gemachten Annahme derjenigen vergleichbar, die § 258 StGB trifft<sup>311</sup>. Alles weitere hängt nun davon ab, ob man einen solchen Schritt in Richtung **Derogation** oder **teleologische Restriktion** der Anwendbarkeit eines Gesetzes mit Blick darauf, daß anderenfalls eine andere Vorschrift – hier § 137 – unanwendbar würde, auch tun kann, wenn nicht ein totaler Ausfall der Anwendbarkeit dieser Vorschrift zu befürchten wäre, sondern nur ein teilweiser, der aber **quantitativ so signifikant** wäre, daß man sich mit Resten der dann zwar noch weiter bestehenden Anwendbarkeit nicht zufrieden geben könnte.

**116i** Wenn es heißt, daß die Anwendung des § 261 StGB strukturell die Wahlverteidigung unmöglich mache, so ist das bei Licht gesehen nur richtig unter der Voraussetzung, daß eben sehr viele Konflikte mit § 261 StGB zu erwarten sind. Der Widerstand gegen diese **quantifizierende Erwägung** stütze sich auf den Hinweis, daß die strukturelle Zerstörung der Wahlverteidigung bereits gegeben sei, wenn nur in einem Falle die Zerstörung der Wahlverteidigung durch die Anwendbarkeit des § 261 StGB zu verzeichnen sei.

Ein kleines Beispiel zeigt, daß das nicht richtig ist: Ein Beschuldigter hat nichts weiter als die Diebesbeute und zwar – um den Fall vor unnötigen Komplizierungen zu bewahren – nur in Gestalt von Bargeld. Es ist dem Verteidiger vollkommen klar, daß dieses Bargeld direkt aus dem Überfall stammt; kein Umtausch hat stattgefunden. Wenn er dieses Geld gleichwohl nimmt, ist er unstreitig nach § 259 StGB strafbar. Diese Strafbarkeit verhindert in diesem einen Fall also die Wahlverteidigung. Niemand würde auf die Idee kommen, deshalb § 259 StGB unter dem Aspekt anzugreifen, er vernichte in seiner Anwendbarkeit auf Strafverteidiger – strukturell – die Wahlverteidigung. Die Erklärung ist, daß die Fälle, in denen der Strafverteidiger gegen § 259 StGB verstoßen muß, um sein Honorar zu bekommen bzw. **Beschuldigte** (aus deren Perspektive das Problem der Anwendbarkeit des § 261 StGB auf den Verteidiger in erster Linie zu sehen ist) dann nicht in den Genuß der Wahlverteidigung kommen können, **so selten sind**, daß kein Bedürfnis nach Beschränkung der Anwendbarkeit des § 259 StGB aufkommt.

**116j** Wenn es jetzt so läge, daß auch unter der Herrschaft des § 261 StGB nur verhältnismäßig wenige Beschuldigte darauf angewiesen wären, ihren Wahlverteidiger aus bemakeltem Geld zu bezahlen, würde man dieselbe Rechnung aufmachen wie bei § 259 StGB. Man müsse dann also, wird nun aber gefolgert, **empirische Erhebungen** darüber anstellen, wie groß die Zahl der durch die Anwendbarkeit des § 261 StGB auf das Verteidigerhonorar betroffenen Fälle ist. Das sei jedoch praktisch nicht möglich (und vielleicht auch nicht wünschenswert). Auf der anderen Seite kann niemand leugnen, daß die emphatische Bekämpfung der Anwendbarkeit des § 261 StGB auf die Strafverteidiger **ausschließlich** etwas **mit der schon beobachteten oder erwarteten Häufigkeit** der Fälle zu tun hat. Deshalb darf man hier mit einer Hypothese arbeiten, deren Plausibilität auf der Hand liegt<sup>312</sup>. Gäbe es nicht die Wahlverteidigung, auf die jemand, wenn er keinen

<sup>311</sup> Die Konsequenzen dieser rigorosen Exemption des Strafverteidigers aus § 258 StGB müssen wohl bedacht werden. Viele Fälle, in denen es zur Anklage nach dieser Vorschrift kommt, können ohne weiteres mit Blick darauf ausgeschieden werden, daß in Wahrheit andere Vorschriften verletzt sind, etwa §§ 153 ff, 164 StGB und dann mit einem –

unverständlichen – Automatismus auch ein tatbestandsmäßiges Handeln nach § 258 StGB angenommen wird (dazu im einzelnen § 138a, 56, 86).

<sup>312</sup> Zu klären wäre noch, ob tatsächlich nur die Fälle der organisierten Kriminalität betroffen sind, oder – wie zu vermuten – weit mehr Fälle; so daß man den Gesetzgeberwillen insofern ignorieren könnte,

Pflichtverteidiger bekommen kann, auch dann ausweichen darf, wenn es ihm finanziell schwerfällt, blieben wirklich sehr viele Fälle unverteidigt, in denen man das eigentlich nicht für richtig hält. Daher wird die gewissermaßen nur mehrheitliche Außerkraftsetzung der Anwendbarkeit der Vorschrift – hier des § 137 – zu einem **normativen Argument** mit der Folge einer entsprechenden **teleologischen Reduktion**<sup>313</sup> der sozusagen störenden Norm des § 261 StGB<sup>314</sup>.

Die subjektiven oder auch **Vorsatz-Lösung** genannten Konzepte, können demgegenüber keinen Bestand haben. Denn sie setzen ja die Anwendbarkeit des objektiven Tatbestands voraus. Freilich könnten auch sie von der hier vorgetragenen Argumentation profitieren. Denn wenn der **dolus eventualis** bei § 261 StGB nicht mehr genügen soll<sup>315</sup>, dann doch wohl deshalb nicht, weil anderenfalls viel zu viele Fälle in seinen Einzugsbereich geraten würden. (Ein dolus eventualis bezogen auf das Delikt des § 259 StGB würde ja kein Problem sein.) Ein entsprechender Effekt würde sich einstellen, wenn man mit Blick darauf, daß viel zu viele Fälle vorkommen<sup>316</sup>, wenigstens die **Leichtfertigkeit** als Haftungsgrundlage entfallen lassen würde<sup>317</sup>.

Die richtige Lösung dürfte also schließlich doch im **Tatbestand**<sup>317a</sup> liegen<sup>318</sup>: Entscheidet man sich für eine teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs einer Vorschrift, dann ist das eine generalisierende Aktion – auch wenn sie sich nur auf einen Ausschnitt aus der Anwendbarkeit dieser Vorschrift bezieht. Voraussetzung dafür ist allerdings, daß dieser Ausschnitt nicht so singulär ist, daß eher die **Logik des Rechtfertigungsgrundes** angebracht wäre, nach dem Prinzip, daß das, was in der Regel strafbar

116k

117

als man ihm bescheinigen müßte, nicht an alle Fälle gedacht zu haben, die von seiner – auf eine beschränktere Intention zurückgehenden – Regelung erfaßt werden würden.

<sup>313</sup> Einen anderen Anknüpfungspunkt für eine teleologische Reduktion wählt v. *Galen* StV 2000 581: Verteidiger können mit Blick auf strafrechtliche und berufsrechtliche Vorschriften nicht die strafbefreienden Möglichkeiten von § 261 Abs. 9 und 10 StGB nutzen. Deshalb würde ihre Bestrafung nach § 261 Abs. 2 StGB das Gleichheitsverbot verletzen (aaO 580). Würde man ihnen aber die Berufung auf § 261 Abs. 9 und 10 StGB gestatten, verlöre der Beschuldigte die aus dem Grundsatz „nemo tenetur se ipsum accusare“ folgenden Rechte (aaO 582).

<sup>314</sup> Man muß an dieser Stelle vielleicht noch einmal deutlich machen, daß die Normen – § 137 und § 261 StGB – wechselseitig miteinander konkurrieren. Von *beiden* Normen geht also eine die jeweils andere Norm derogierende Tendenz aus. Entscheidet man sich – wie hier vorgeschlagen – für die Prävalenz des § 137, so derogiert im Erg. diese Vorschrift insoweit einen Teilbereich der Anwendbarkeit von § 261 StGB. (Krit. hierzu *Hombrecher* Geldwäsche (§ 261 StGB) durch Strafverteidiger? (2002) 127 ff) Anderenfalls wäre es umgekehrt: § 261 StGB würde – teilweise – § 137 derogieren. (In der rechtswissenschaftlichen Methodenlehre werden Vorgänge dieser Art unter dem Stichwort „abändernde Derogation“ behandelt; vgl. *Diederichsen* Recht und Rechtswirklichkeit – Stufen der Rechtsverwirklichung, in: *Schmidt-Hieber/Wassermann* [Hrsg.] Justiz und Recht [1983] 57 [65]).

<sup>315</sup> Vgl. die insoweit parallel zu § 257 StGB angestellten Überlegungen von *Kempf* Das Honorar des Strafverteidigers als Geldwäsche? Unveröffentlichtes Referat vor dem Strafrechtsausschuß der Bundesrechtsanwaltskammer; die gegen diese Lösung vorgebrachten Bedenken sind bei *Katholnigg* NJW 2001 2043 zusammengetragen.

<sup>316</sup> Weil das so ist, empfinden es Verteidiger als Zumutung, im Rahmen ihrer Berufstätigkeit zur Prüfung über die Herkunft des Honorars aufgefordert zusein. Sie hätten gar nichts dagegen, wenn ihnen eine Prüfungspflicht gem. § 259 StGB auferlegt würde, in dem Sinne, daß man, um sich von dem Vorwurf des dolus eventualis zu salvieren, in krassen Fällen Erkundigungen einziehen müßte. Das wird eben so selten akut, daß die Prüfungspflicht nicht lästig wäre. Sie wird aber lästig, wenn sie in zu vielen Fällen negativ, das heißt im Sinne der Nichtakzeptabilität des Honorars ausfallen würde.

<sup>317</sup> Darüber, daß auch die auf die Bedeutung der Unschuldsumutung für die Tätigkeit des Verteidigers gestützte Rechtfertigungslösung nicht der richtige Weg ist vgl. *Lüderssen* FS Waltos 32.

<sup>317a</sup> Das könnte dann allerdings auch auf die Sozialadäquanz-Lösung hinauslaufen, (vgl. die Hinweise bei *Katholnigg* NJW 2001 2042 und *Otto* JZ 2001 436 ff [440]).

<sup>318</sup> An der in StV 2000 205 (206) vertretenen Option für eine Rechtfertigungslösung (im Anschluß an *Bernsmann* StV 2000 2040 ff und *Hamm* NJW 2000 637) wird nicht festgehalten; vgl. auch die scharfsinnige Analyse durch *Hefendehl* FS Roxin 157 ff und *Wohlers* 424 ff, s. auch *Katholnigg* NJW 2001 2042 f.

ist, vom Tatbestand umfaßt wird, und das, was man als eine Ausnahme deklarieren möchte, eine Sache der Rechtfertigung ist. Die Gruppe der Strafverteidiger ist möglicherweise **nicht** so **repräsentativ** für die möglichen Täter<sup>319</sup> gemäß § 261 StGB, daß man von einer schon den Regelfall erreichenden Nichtanwendbarkeit des § 261 StGB sprechen darf. Andererseits gibt es mit der Rechtsfigur eines auf Derogation einer Vorschrift gestützten Rechtfertigungsgrundes noch **keine Erfahrungen**. Von praktischer Bedeutung wäre die Unterscheidung insofern, als alle Irrtumsentscheidungen davon abhängen<sup>320</sup>.

- 118** Angesichts der schwierigen Fragen, die durch die staatsanwaltschaftliche Initiative, Verteidiger einer Bestrafung nach § 261 StGB zuzuführen, ausgelöst werden, liegt der Versuch nahe, das Problem zu begrenzen. Ein pragmatischer Vorschlag ist der Hinweis, daß – wenn der Mandant bargeldlos durch **Banküberweisung** oder **Scheck** zahle – „im Regelfall die Strafbarkeit schon deshalb entfällt, weil die Bank keine Geldwäsche begangen hat (§ 261 Abs. 6 StGB)“<sup>321</sup>. Aber hier ist Vorsicht geboten. Anderenfalls wäre es ja für Verteidiger und Mandanten leicht die Strafbarkeit des Verteidigers zu umgehen. Einmal muß an die Pflichten erinnert werden, die das **Geldwäschegesetz** den Bankinstituten bei zweifelhaften Einzahlungen auferlegt (vgl. §§ 2 Abs. 1 und 8 Abs. 1). Der Mandant, der weiß, daß er nur mit Banküberweisungen das Honorar begleichen kann, erfüllt, wenn er das Geld auf einem Konto einzahlt, den **Tatbestand des Verschleierns** im Sinne von § 261 Abs. 1 StGB. Wenn der Verteidiger weiß, daß der Mandant ein solches Manöver in Gang gesetzt hat, könnte es sein, daß er selbst nach § 261 Abs. 1 StGB zur Verantwortung gezogen wird (sofern die weiteren, in den §§ 25 ff StGB aufgestellten Voraussetzungen gegeben sind), denn für diesen Tatbestand gilt die Ausnahme des § 261 Abs. 6 nicht. Daß der Verteidiger im Normalfall nur den Tatbestand des Verschaffens (§ 261 Abs. 2 StGB) erfüllt und insofern der Abs. 6 für ihn gilt, hilft in diesen Fällen nicht. Zudem ist zu bedenken, daß durch die Teilnahme des Anwaltes an der Verschleierungshandlung des Mandanten – § 261 Abs. 1 StGB – *uno actu* eine Verbotsnorm verletzt ist (§ 134 BGB), so daß das Rechtsgeschäft, das zum Erwerb der Forderung gegen die Bank führen soll, nichtig ist. In diesem Fall ist der **Gutgläubensschutz** des Zivilrechts durch die **Geldwäschegesetzgebung** zerstört<sup>322</sup>.

- 119** (2) **Den Beschuldigten nicht treffende Strafgesetze**. Hierher sind die §§ 258 und 120 StGB zu rechnen.

- 120** Das Verbot des **§ 258 StGB**<sup>323</sup> existiert nicht für denjenigen, der selbst der Strafverfolgung ausgesetzt ist<sup>324</sup>. Der Verteidiger aber muß es beachten<sup>325</sup>.

- 121** In der geläufigen Diskussion der Frage, ob der Verteidiger durch § 258 StGB in seiner Parteinahme für den Beschuldigten gehemmt werden darf, taucht regelmäßig das Argument auf, der Verteidiger sei, wenn er seine Beistandspflicht gegenüber dem

<sup>319</sup> Es kann übrigens sein, daß sich nach und nach das Problem auch für andere Berufsgruppen ergibt, obwohl die strukturelle Verknüpfung mit der normalen Berufstätigkeit nicht offen zu Tage liegt. Es scheinen aber schon Diskussionen darüber in Gang zu sein, daß etwa Notare wie auch Zivilanwälte sich zu wehren beginnen, vgl. dazu nunmehr *Dombek BRAK-Mitt.* 2000 101 zur EU-Geldwäscherichtlinie.

<sup>320</sup> S. dazu *Lüderssen StV* 2000 205 (206); vgl. dazu die hier denkbare Irrtumskasistik bei *Lüderssen FS Roxin* 468 ff.

<sup>321</sup> *Hamm NJW* 2000 638.

<sup>322</sup> Vgl. dazu *Lüderssen* Entkriminalisierung des Wirtschaftsrechts (1998) 8 mit Nachw.

<sup>323</sup> Den Stand der wissenschaftlichen Diskussion um den Tatbestand fassen *Jeruschek/Schröder GA* 2000 51 zusammen.

<sup>324</sup> *Lüderssen StV* 1999 538 (in Auseinandersetzung mit abweichenden Meinungen).

<sup>325</sup> Überblick bei *Jahn* (Konfliktverteidigung) 254; s. ferner *Arzt/Weber* Strafrecht BT (2000) 647.

Beschuldigten **prozessual korrekt wahrnehme**, vom Geltungsbereich des § 258 StGB ausgenommen. Seit BGHSt 38 347<sup>326</sup> geht der Bundesgerichtshof mit der einhelligen obergerichtlichen Rechtsprechung<sup>327</sup> und der ganz überwiegenden Ansicht im Schrifttum<sup>328</sup> ausdrücklich davon aus, daß prozessual zulässiges Verhalten des Verteidigers schon den objektiven Tatbestand des § 258 StGB nicht erfüllen könne.

Es wird also eine Priorität des Prozeßrechts gegenüber dem materiellen Recht postuliert. Umgekehrt wird § 258 StGB gerade dazu benutzt, die Grenzen der Tätigkeit des Verteidigers für den Beschuldigten zu markieren. Die Lösung des durch die streckenweise zirkuläre Argumentation stark belasteten Problems ergibt sich aus einer genaueren Betrachtung der Struktur des § 258 StGB und einer nochmaligen, präziseren Fixierung des Prinzips der Autonomie des Beschuldigten. Die **vier Prämissen** dafür sind: 122

Der Beschuldigte darf in seinem Interesse das Rechtsgut des § 258 StGB (Anspruch auf Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs) auch mit unwahren Behauptungen angreifen, sofern er dabei nicht andere Rechtsgüter verletzt (1). 123

Der Beschuldigte darf sich einen Verteidiger wählen. Dieses Recht soll nicht nur auf dem Papier stehen; vielmehr muß für seine Realisierbarkeit und Realisierung Sorge getragen werden (2). 124

Der Verteidiger hat (in einem durch Verbandskompetenzen ausfüllbaren Rahmen) das Recht, seine Berufsausübung an die Verpflichtung zur Wahrheit zu knüpfen (3). 125

Berufsrechtliche Ordnung und strafrechtliche Regelung dürfen nicht zu einer wechselseitigen Identifizierung führen (4). 126

Danach gilt<sup>329</sup>: Der Tatbestand des § 258 StGB ist das **Vereiteln** der Bestrafung oder Unterwerfung unter eine Maßnahme. Eine vollendete Strafvereitelung ist also jedenfalls dann gegeben, wenn das Täterverhalten eine völlige oder teilweise Einstellung des Verfahrens, einen Freispruch oder eine zu milde Bestrafung bewirkt hat, mag sich dies auch in einer höheren Instanz noch ändern<sup>330</sup>. Viele Handlungen des Verteidigers werden allein zu einer **Verzögerung des Strafverfahrens** führen. Es soll aber nach der von der h. M. akzeptierter<sup>331</sup> Vorstellung des Gesetzgebers<sup>332</sup> auch bereits ein Vereiteln des staatlichen Strafanspruchs für geraume Zeit vom Wortlaut gedeckt sein. Nur eine ganz geringfügige, unerhebliche Verzögerung der Strafverfolgung ist deshalb auch auf dem Boden der h. M. nicht ausreichend für die Erfüllung des Tatbestands des § 258 StGB<sup>333</sup>. 127

<sup>326</sup> Bestätigt durch BGH NJW 2000 2219: „Tatbestandsausschluß für Verteidigungshandeln“ – BGH NJW 2000 2933. Zur Entwicklung der Rspr. auch *Stumpf* 17 ff.

<sup>327</sup> OLG Düsseldorf StV 1998 66; StV 1994 472; StV 1992 57; OLG Koblenz NStZ 1992 147; OLG Frankfurt StV 1992 361; KG StV 1988 142; NStZ 1983 557.

<sup>328</sup> *Lamberti* 30; *Wassmann* 236; *Schautz* 131; *Heinicke* 470; *Jahn ZRP* 1998 108; *Stumpf NStZ* 1997 11; *Niedermair ZStW* 107 (1995) 507; *Scheffler StV* 1993 471; *Paulus NStZ* 1992 305; *Hammerstein NStZ* 1990 264; *Krekeler NStZ* 1989 146; *Liemersdorf MDR* 1989 207; *Botke ZStW* 96 (1984), 729; *Roxin*<sup>25</sup> § 19, 60; *KK-Laufhütte*<sup>4</sup> Vor § 137, 4; *AK-Stern* Vor § 137, 65; *LK-Ruß*<sup>11</sup> § 258, 19; *Schönke/Schröder-Stree*<sup>25</sup> § 258, 20; *Tröndle/Fischer*<sup>49</sup> § 258, 7; *Lackner/Kühl*<sup>23</sup> § 258, 8; *Grüner* 120 ff (besonders gründliche Erörterungen).

<sup>329</sup> Im Ausgangspunkt ebenso *Grüner* 122.

<sup>330</sup> *Rudolphi JuS* 1979 861.

<sup>331</sup> OLG Düsseldorf StV 1998 65; OLG Koblenz NStZ 1992 147; *LK-Ruß*<sup>11</sup> § 258, 10; *Lackner/Kühl*<sup>23</sup> § 258, 4; *Brei* 309; *Seel* Begünstigung und Strafvereitelung durch Vortäter und Vortatteilnehmer (1999) 26; *Weihrauch* Verteidigung im Ermittlungsverfahren (1997) 172. A. A im Sinne eines reinen Erfolgsdelikts SK-StGB-Samson § 258, 30; *Stumpf* 82; *Vormbaum* aaO (Fußn. 223) 404 ff; *Randerath* 108; *Wappler* Der Erfolg der Strafvereitelung (1998) 170 ff; *Wassmann* 245.

<sup>332</sup> BTDrucks. 7 550, 249.

<sup>333</sup> OLG Koblenz NStZ 1992 147; KG StV 1988 141; *JR* 1985 25; *Lenckner* GedS Schröder, 346. Nach *Jahn ZRP* 1998 105 f (zust. *Lackner/Kühl*<sup>23</sup> § 258, 4) soll unter Hinweis auf die Konzentrationsmaxime des § 229 Abs. 1 nur eine Verfahrensverzögerung von mehr als 10 Tagen erfolgstauglich sein.

- 128** Mit dem Begriff des Vereitels ist mehr gemeint als das bloße Kausalwerden für den Erfolg. Nicht jeder Beitrag genügt. Die Abgrenzung ist identisch mit der zwischen Täterschaft und Teilnahme. Strafbar ist nur, wer als Täter die Bestrafung oder Unterwerfung unter eine Maßnahme verhindert. Diese Auffassung kann sich auf den Wortlaut des § 258 StGB ebenso stützen wie auf die Veränderungen, welche die Vorschrift durch das EGStGB 1974 erfahren hat. Danach ist die „sehr weite Vorbereitungs-, Versuchs- und Teilnahmehandlungen gleichermaßen umgreifende Tathandlung des Vereitels ersetzt“ worden<sup>334</sup>; daraus folgt, daß „für die Strafvereitelung i. S. d. § 258 StGB die allgemeinen Regeln über **Täterschaft und Teilnahme** ihre Bedeutung zurückgewonnen haben“<sup>335</sup>. Dies ist auch die Ansicht der mittlerweile herrschenden Lehre<sup>336</sup>, die vom OLG Karlsruhe<sup>337</sup> ausdrücklich geteilt wird und entspricht, wie bereits mehrfach angemerkt wurde<sup>338</sup>, der inzidenter zugrundegelegten Vorstellung zahlreicher Entscheidungen des Bundesgerichtshofs<sup>339</sup>.
- 129** Das muß auch dann gelten, wenn die **eigenverantwortliche Verhinderung** der Bestrafung, weil sie dem Handelnden selbst gilt, straflos ist. Zwar läßt sich im Falle der Straflosigkeit nicht von „Täterschaft“ sprechen; für die richtige Einordnung von Beiträgen anderer an der Erreichung des Erfolges Mitwirkender ist es gleichwohl von Bedeutung, in welchem Maße der straflos Bleibende für den Erfolg verantwortlich ist. Für die Feststellung der straflosen Eigenverantwortlichkeit sind dieselben Maßstäbe anzuwenden wie für die strafbare Täterschaft (wie das bei der strafrechtlichen Würdigung der Beteiligung an fremder Selbsttötung längst geläufig ist). Beihilfe oder Anstiftung zur in diesem Sinne eigenverantwortlichen Verhinderung der eigenen Bestrafung ist demgemäß straflos. Grundsätzlich folgt daraus für den Verteidiger: Ist er Täter i. S. des § 258 StGB, so ist er strafbar und überschreitet somit die Grenzen, innerhalb derer sich vertragliche Abmachungen mit dem Beschuldigten bewegen müssen. Ist er nur Gehilfe oder Anstifter, bleibt er straffrei und verletzt somit nicht jene Grenzen<sup>340</sup>.
- 130** Das bedeutet, daß der Verteidiger in derselben Lage ist wie jeder andere, der dem Beschuldigten hilft<sup>341</sup>. Das mag dem **Selbstverständnis** der **Verteidiger** zunächst widersprechen, führt aber im Ergebnis in keiner Weise zu Beschränkungen seiner Tätigkeit. Der Autonomie des Beschuldigten, die ernstzunehmen und konsequent auszugestalten

<sup>334</sup> Rudolphi FS Kleinknecht 380.

<sup>335</sup> Rudolphi aaO 386; ausdrückliche Zustimmung bei Kempf in: Brüssow u. a. (Hrsg.) § 1 Rdn. 49; Krekeler FS Friebertshäuser 63 ff; vgl. auch schon den Überblick bei Pellkofer 142 ff; s. ferner Uwe Günther Das Unrecht der Strafvereitelung (1998) 119; Die bloße Vermutung, daß der Gesetzgeber diesen Effekt nicht gewollt, sondern die Frage übersehen habe (Lenckner GedS Schröder 352), kann demgegenüber nicht ins Gewicht fallen. Dasselbe gilt für die Forderung Rudolphs, aus kriminalpolitischen Gründen müsse der Gesetzgeber die durch die Reform des § 258 geschaffene Strafbarkeitslücke schließen (aaO 395).

<sup>336</sup> Fezer FS Stree/Wessels 681; Jahn ZRP 1998 106; Scholderer StV 1993 229; Krekeler NSTZ 1989 148; Maurach/Schroeder/Maiwald II § 100, 20; Schönkel/Schröder-Stree<sup>25</sup> § 258, 32; SK-StGB-Samson, § 258, 42; Keim 177; Vogt 112; Vormbaum aaO (Fußn. 223) 427. A. A. – bei im Einzelnen stark divergierenden Positionen – Küpper GA 1988 395;

Beulke NSTZ 1983 504; NSTZ 1982 330 f; Kusch NSTZ 1985 389; Randerath 141; Rosenkaymer 244 f; Stumpf 42; G. Wolf 291.

<sup>337</sup> OLG Karlsruhe StV 1991 519.

<sup>338</sup> Lüderssen StV 1999 537; Dencker NSTZ 1982 461; Stumpf 89. A. A. Lackner/Kühl<sup>23</sup> § 258, 10; Beulke (Strafbarkeit) 152 („Täterschaftslösung der Rechtsprechung“).

<sup>339</sup> NJW 1984 135; NSTZ 1983 503; BGH StV 1999 153; (zutreffende Interpretation der Entscheidung bei Meyer-Goßner FS Bundesgerichtshof u. a. 639) vgl. auch § 138a Fußn. 98.

<sup>340</sup> Ebenso Vormbaum aaO (Fußn. 223)

<sup>341</sup> Mit Recht spitzt Vormbaum aaO 428 dieses Argument so zu: „Eine schärfere strafrechtliche Haftung für den Verteidiger als für Normaltäter würde die durch § 137 garantierte Beistandsfunktion in ihr Gegenteil verkehren, denn dem Verteidiger würde bei Strafe verboten, was jeder außenstehenden – auch strafprozeßrechtskundigen – Person folgenlos möglich wäre.“



Sinn der Beistandsfunktion des Verteidigers ist, trägt gerade diese Konstruktion Rechnung. Der Verteidiger soll im Prinzip gar nicht aus der Rolle des Gehilfen oder Anregers heraustreten. Die Verteidigung ist primär das Interesse des Beschuldigten; wie sie sich gestaltet, muß seine Sache bleiben. Das Vertrauen, das zwischen Verteidiger und Beschuldigtem bestehen muß, bewährt sich, wenn der Verteidiger seine Beratung so einrichtet, daß der Beschuldigte seine Vorschläge nicht nur begreift, sondern sich zu eigen macht. Das heißt aber nicht weniger, als daß der Beschuldigte die „Täterschaft“ behält und der Beitrag des Verteidigers – gemessen an § 258 StGB – im Bereich der straflosen (und damit rechtmäßigen) Teilnahme an strafloser Selbstbegünstigung verbleibt. Auch das Prinzip der **Unabhängigkeit** vom Mandanten wird durch diese Dominanz des Beschuldigten nicht berührt. Für eine Unabhängigkeit des Verteidigers vom Mandanten im Sinne einer vom Vertrag losgelösten Selbständigkeit des Verteidigers gibt es, wie dargelegt (Rdn. 33 ff, 105), keine rechtliche Grundlage. Es ist die fachliche Kompetenz, die den Verteidiger vor anderen Gehilfen des Beschuldigten auszeichnet.

Diese Kompetenz führt allerdings leicht dazu, daß die Dominanz vom Beschuldigten auf den Verteidiger übergeht. Dieser hat dann nicht mehr das Privileg der straflosen Teilnahme an strafloser Selbstbegünstigung, sondern ist **Täter der Strafvereitelung**. Angesichts dieser Konstellation für den Verteidiger eine Sonderrolle zu reklamieren, die ihn von *dieser* Strafdrohung ausnimmt, besteht kein Anlaß. Wer als Verteidiger über die Grenzen der „Mittäterschaft“ hinausgeht, kann sich also nicht mehr ohne weiteres darauf berufen, daß er die Autonomie des Beschuldigten, wiewohl durch diesen selbst ermächtigt, unangetastet läßt<sup>342</sup>. Vielmehr bedarf die Ermächtigung einer besonderen Prüfung. Ein Verteidiger, der den Beschuldigten beherrscht, entspricht nicht der Tradition und auch nicht dem an der Berufsethik orientierten Selbstverständnis der Verteidiger. Die sich darin ausdrückende Unabhängigkeit vom Beschuldigten und Unterwerfung (des Beschuldigten unter den Verteidiger) hat mit Vertrauen nichts mehr zu tun. Eine ausdrückliche oder konkludente Vertragsgestaltung mit diesem Ergebnis wäre gemäß § 138 BGB unwirksam. Die hier abgerufene Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme zwingt den Verteidiger und den Beschuldigten förmlich dazu, mißbräuchliche Usancen der Verteidigung zu vermeiden (etwa Oktroi einer Sachverhalts-Version, die der Verteidigung strategisch günstig erscheint) und unstreitig unerwünschte Herrschaftsverhältnisse nicht aufkommen zu lassen.

Diesseits dieser Grenze vertraglicher Gestaltung liegen die Fälle, in denen die **Inkompetenz des Beschuldigten** so weit geht, daß er – jedenfalls auf weite Strecken – nicht anders kann, als, wenn auch nicht blind so doch ohne Möglichkeit des Nachvollzugs von Details, sich auf das zu verlassen, was der Verteidiger nicht nur vorschlägt, sondern auch selbst (planend und handelnd) in die Hand nimmt. Es würde zu weit gehen, einen diesen Verlauf der Verteidigung abdeckenden Vertrag nicht anzuerkennen. Es kann daher sein, daß der fachkundige Einsatz des Verteidigers für den Beschuldigten, den das Gesetz will, nur in dieser Form möglich ist. Den Verteidiger auch bei dieser Sachlage – immer noch im Rahmen des § 258 StGB – nur als **Teilnehmer an der straflosen Selbstbegünstigung** des Beschuldigten erscheinen zu lassen, wäre mit den allgemein anerkannten Kriterien der Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme nicht vereinbar. (Nur eine extrem subjektive Auffassung könnte den Verteidiger auch in diesen Fällen noch zum bloßen Gehilfen machen, weil seine Motivation – *animus socii* – unverändert fortbesteht.) Verläuft die Verteidigung so, daß der Beschuldigte praktisch damit einverstanden ist, daß er Werkzeug des Verteidigers, als mittelbarer Täter des § 258 StGB, ist,

<sup>342</sup> Lüderssen StV 1999 540.

so wird – auch wenn der Verteidiger den Beschuldigten nicht zwingt oder sich jedenfalls nicht einfach mit seiner Konzeption durchsetzt, sondern der Beschuldigte es ausdrücklich so will – bereits die durch § 138 BGB (in Verbindung mit den berufsrechtlichen Regeln) gesetzte Grenze der Vertragsgestaltung durchbrochen sein<sup>343</sup>.

- 133** Zur Diskussion stehen somit nur die Fälle, in denen trotz überlegener, aktiver Gestaltung der Verteidigung durch den Verteidiger dem Beschuldigten soviel **Autonomie** verbleibt, daß auch er – in den Grenzen des (hier einschlägigen) Strafgesetzes – **als „Täter“** erscheint. Da der Verteidiger damit nicht automatisch zum Helfen wird, sondern ebenfalls Täter ist, liegt in diesen Fällen **Mittäterschaft** (von Nebentäterschaft zu sprechen verbietet sich angesichts des Zusammenwirkens zu einem Zweck) vor, mit der Besonderheit, daß einer der Täter, der Beschuldigte, straflos ist.
- 133a** Der Ausschluß der Strafbarkeit des Mittäters bei tatbestandslosem Handeln des anderen Mittäters wird nicht einfach aus einer Steigerung des Arguments, das die Straflosigkeit des Teilnehmers begründet, gewonnen. Denn die Haftung des Mittäters ist ja **nicht akzessorisch**; das Fehlen eines tatbestandsmäßigen Mittäteranteils eines anderen führt nicht automatisch zur strafrechtlichen Irrelevanz seines Anteils.
- 133b** Vielmehr ist zunächst festzuhalten, daß er kausal wird für die Verletzung eines ihm gegenüber geschützten Rechtsguts. Soll sein Verhalten gleichwohl nicht tatbestandsmäßig sein, so müssen zusätzliche Voraussetzungen der objektiven Zurechnung bemüht werden. Sie könnten darin bestehen, daß die **Eigenverantwortlichkeit** des – kein ihm gegenüber geschütztes Rechtsgut verletzenden – (anderen) „Mittäters“ eine Barriere ist für die Tatbestandsmäßigkeit des Mittäters, der ein ihm gegenüber geschütztes Rechtsgut verletzt. Dieses Prinzip ist längst geläufig in Fällen strafloser, über Anstiftung und Beihilfe hinausgehender Beteiligung an Selbsttötungen, und es hat sich allmählich als herrschende Meinung herausgebildet, daß die Grenze zum strafbaren Unrecht erst mit der mittelbaren Täterschaft des externen Beteiligten überschritten wird<sup>344</sup>. *Zaczyk*<sup>345</sup> hat das so formuliert: „Es ist also jeweils bezüglich der konkreten Tat zu fragen, ob der Täter durch seinen Beitrag die beim Opfer geschwächte Entscheidungsfähigkeit in den Griff nimmt. Nur dann begeht er eine Handlung, auf die das Opfer sich nicht aus eigener Kraft einstellen kann, also Unrecht“. Daraus folgt, daß der Außenstehende nur Täter sein kann, „wenn man ein Kriterium entwickelt, das die beim **Opfer prinzipiell bestehende Handlungsherrschaft** bezüglich des Erfolges aufhebt“. Das heißt, die Straflosigkeit dessen, der mit einem außenstehenden „Mittäter“ zusammenwirkt, darf nicht um ihren Sinn gebracht werden<sup>346</sup>. Genau das aber würde eintreten, wenn jemand das, was er allein tun darf, praktisch unmöglich gemacht oder erschwert wird, weil derjenige, der ihm dabei hilft, strafbar ist.
- 133c** Das gilt für die Fälle der Beteiligung an einer Selbsttötung unter der stillschweigenden Voraussetzung, daß das Rechtsgut, das der Außenstehende verletzt, vollständig **zur Disposition des „Opfers“ steht**. Das Leben einer Person ist ihr selbst gegenüber nicht strafrechtlich geschützt. Was die **Rechtspflege** angeht, die durch § 258 StGB geschützt wird, so ist sie zwar **gegenüber dem Beschuldigten** in einem Strafverfahren *nicht* geschützt<sup>347</sup>. (Die abschließende Selektivität des § 258 StGB ist insoweit eindeutig, das

<sup>343</sup> S. dazu aber noch § 138a, 81 ff.

<sup>344</sup> *Rainer Zaczyk* Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten (1993) 44.

<sup>345</sup> *Zaczyk* aaO 44.

<sup>346</sup> S. dazu schon *Lüderssen* Der Typus des Teilnehmer-tatbestandes, in: FS Miyazawa (1995) 449, 459.

<sup>347</sup> Mit der Folge, daß man auch die Lüge, mit der sich ein Beschuldigter der Strafverfolgung entzieht, nicht durch diese Vorschrift erfassen kann. So eindeutig auch *Fezer* FS Stree/Wessels 665 (mit instruktiven historischen Ausführungen, 671 ff) zum ganzen ferner: *Salditt* StV 1999 61 Anders liegt es,

Strafrecht arbeitet nach dem Enumerationsprinzip, was nicht in einem Tatbestand fixiert ist, kann kein *strafrechtliches* Unrecht sein, auch wenn das Motiv für die Herausnahme des Beschuldigten aus dem Tatbestand des § 258 StGB wäre, ihm nicht *zuzumuten*, an seiner eigenen Verfolgung mitzuwirken<sup>348</sup>, also substantiell nur eine Konzession an eine persönliche Notlage). Das bedeutet aber nicht, daß der **Beschuldigte über das Rechtsgut der Strafrechtspflege frei verfügen** darf<sup>349</sup>. Denn es handelt sich um ein Rechtsgut der Allgemeinheit. Mit der Tatbestandslosigkeit der Selbstbegünstigung (im Sinne der alten, die Strafvereitelung einbeziehenden Terminologie) wird also für den Beschuldigten nur die **strafrechtliche Blockade eines Angriffsweges** aufgehoben, **nicht das Rechtsgut selbst**. Die vom Beschuldigten ausgehende oder von ihm „gebilligte“ Veranlassung der Verletzung des ihm gegenüber nicht geschützten Rechtsguts durch einen „**Mittäter**“ kann den Weg in dessen Straflosigkeit nur dann eröffnen, wenn es einen besonderen Grund gibt, auch ihm den Angriff auf das – seiner Disposition entzogene – Rechtsgut freizugeben.

Dieser Grund könnte darin bestehen, daß der Beschuldigte nach § 137 das Recht<sup>350</sup> hat, sich in jeder Lage des Verfahrens eines Verteidigers zu bedienen, und dieses Recht nicht durch Beschränkungen desavouiert werden darf, die darauf hinauslaufen würden, daß auch **das Recht** des Beschuldigten, sich durch eigene Aktivitäten der Bestrafung **zu entziehen, eingeschränkt** wird<sup>351</sup>. In diesem Rahmen<sup>352</sup> darf also ein *Verteidiger*<sup>353</sup> (nicht ein beliebiger Dritter<sup>354</sup>) daran mitwirken, daß der Beschuldigte sich der Strafverfolgung entzieht<sup>355</sup>.

133d

Ausgangspunkt dafür ist ein **Vertrag** mit dem Beschuldigten. In der Regel möchte der Beschuldigte nicht oder jedenfalls möglichst milde bestraft werden. Der Verteidiger, der ihm dabei hilft, trägt also mehr oder weniger zur Vereitelung der Bestrafung des Beschuldigten bei. Die Voraussetzungen, unter denen er das tun darf, sind in der StPO und dem GVG nur in Umrissen benannt. Durch die **Zulassung** als Rechtsanwalt<sup>356</sup> (oder Ernennung zum Hochschullehrer) wird dem **Verteidiger ein generelles Vertrauen** ein-

133e

wenn „ein Rechtsgut betroffen ist, das mit dem Schutz der Durchführung des konkreten Strafverfahrens gerade nicht identisch ist“, *Fezer* FS Stree/Wessels 674, s. auch 678). Hingegen meint *Hanack* (LR-*Hanack*<sup>25</sup> § 136, 41) – unter ausdrücklicher Zurückweisung der Kritik *Fezers* – daß unrichtige Angaben des Beschuldigten den Tatbestand des § 258 StGB erfüllen können; gegen das Recht des Beschuldigten zur Lüge auch *Stumpf* 132 ff mit weit. Nachw. und *Arzt/Weber* Strafrecht BT (2000) 648; *Beulke*<sup>5</sup> 176; *Beulke* FS Roxin 1173 (1181 ff); s. ferner unten Rdn. 169.

<sup>348</sup> Anders *Roxin* FS Hanack 12, der in der Konstruktion einer *Tatbestandslosigkeit* qua Exkulpation offenbar kein Problem sieht.

<sup>349</sup> Dieser Gesichtspunkt ist in der Voraufgabe nicht hinreichend zur Geltung gebracht worden. Der folgende Text trägt dem – inhaltlich insofern über die Voraufgabe hinausgehend – Rechnung; das gilt auch für die Kritik *Pellkofers* 150 ff, obwohl oder gerade weil diese Autorin der hier vorgelegten Konzeption im Grundsatz zustimmt (149), s. auch schon 143/144).

<sup>350</sup> Dessen Bedeutung durch die Pflicht der Polizei, allen Beschuldigten, die insofern Schwierigkeiten haben, bei seiner Ausübung wirksam zu helfen,

durch den 5. *Senat* des BGH (BGHSt 42 15) besonders hervorgehoben ist (i.d.S. jetzt auch – mit Belegen – *Roxin* FS Hanack 23).

<sup>351</sup> So auch *Rzepka* 403.

<sup>352</sup> Mit den folgenden Überlegungen wird die Anregung *Kempfs* Der Rechtsanwalt als Strafverteidiger, § 1 Rdn. 50 Rechnung getragen, daß der „richtige Ansatz der Vertragstheorie“ einer „prozessualen Korrektur“ bedürfe.

<sup>353</sup> Das gleiche gilt für die nach § 138 Abs. 2 auszuwählenden Personen.

<sup>354</sup> *Seine* Straflosigkeit endet dort, wo seine Aktivität unter die Marge der „Täterschaft“ sinkt, und die womöglich verbleibende Anstiftung oder Beihilfe am Mangel einer tatbestandsmäßigen Haupttat scheitert; sofern auch der Verteidiger nur in diesem Maße tätig wird, bedarf seine Straflosigkeit, das sei hier noch einmal betont, also gar keiner besonderen Begründung.

<sup>355</sup> Gegen diese Konstruktion mit ausführlicher Argumentation *Stumpf* 45.

<sup>356</sup> Er unterliegt damit bereits „zahlreichen öffentlich-rechtlichen Restriktionen“, Vgl. §§ 8, 18, 26, 27, 53, 113 ff BRAO (s. die Darstellung bei *Markus B. Rick* Die verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts [1998] 57 ff).

geräumt, mit dem Beschuldigten die erforderlichen Vereinbarungen<sup>357</sup> zu treffen<sup>358</sup>. Verboten indessen das Berufsrecht dem Verteidiger, sich so zu verhalten, wie es der angeklagte Verteidiger im vorliegenden Fall getan hat, so könnte der Vertrag gemäß § 138 BGB unwirksam sein. Aber kann das Berufsrecht wirklich so weit gehen<sup>359</sup>?

**133f** Man muß natürlich genau überprüfen, ob die Rechnung so aufgeht. Gesetzt, der Beschuldigte übernimmt den Teil der Verteidigung, der seinem Verteidiger vielleicht nicht gestattet ist, selbst und überläßt dem Verteidiger den Rest, dann hat er durch die Wahl eines Verteidigers oder die Bestellung eines Pflichtverteidigers keinen Nachteil erlitten. Aber das ist kaum realistisch. Der **Verteidiger**, der zu diesem Vorbringen seines Beschuldigten schweigt, wirkt wie jemand, der sich distanziert und damit den Mandanten, dem das Gericht, wäre er allein aufgetreten, geglaubt hätte, nunmehr unglaublich macht<sup>360</sup>. Die Frage ist freilich, ob diese Kontraindikationen nicht kompensiert werden durch von vornherein unproblematische **Vorteile**, welche die **Wahl** oder die **Bestellung** eines **Verteidigers** mit sich bringen (juristische Kompetenz, Aufdecken von Schwächen in der Beweiserhebung, Antizipationen günstigerer Beweiswürdigung, etc.). Dann müßte man sagen, daß ein Beschuldigter mit einem Verteidiger, der sich – unter dem Eindruck der Strafdrohung – der mittäterschaftlichen Lüge enthalten muß, auf das Ganze gesehen doch nicht schlechter gestellt ist, als wenn er, ungestört durch den zurückhaltenden Anwalt, wirksamer lügen kann.

**133g** Aber die Frage der Strafbarkeit des Verteidigers darf nicht an derartig schwankende Voraussetzungen geknüpft werden. Die Unsicherheit liegt nicht nur auf der Seite seiner Entlastung. Bei der Frage, wo die Grenze eines strafbaren Verhaltens liegt, kann man ausdehnende und einschränkende Momente nicht leicht unterscheiden. Daher ist hier der ultima-ratio-Gedanke ausschlaggebend und das Prinzip „in dubio pro libertate“. Wenn man nicht weiß, ob durch den „mittäterschaftlichen“ **Beistand** des **Verteidigers** die **Freiheit des Beschuldigten zur Lüge** eingeschränkt wird, muß man diesen Beistand, auch wenn er unwahre Behauptungen aufstellt, straflos lassen. Daher können in diesen Fällen für mögliche Konsequenzen aus der Tatsache, daß der Verteidiger die Unwahrheit sagt, Anknüpfungspunkte lediglich jenseits des § 258 StGB gesucht werden.

<sup>357</sup> Als problematisch wird immer noch empfunden, wie das für die Pflichtverteidigung zu konstruieren ist. Deshalb ist noch einmal zu betonen, daß die zwei Erscheinungsformen der Pflichtverteidigung scharf auseinander gehalten werden: Der dem armen Beschuldigten zugestandene Pflichtverteidiger einerseits, der dem Beschuldigten aufgezwungene Verteidiger andererseits. Vgl. im übrigen jetzt die Vorschläge von *Jahn JR 1999* 1 ff).

<sup>358</sup> Für die Vertreter der „Organtheorie“ kommt es auf diesen Vorgang nicht an; die Legitimation der Aktivitäten des Verteidigers folgt aus seiner „Stellung“. In den Ergebnissen gibt es aber – auf das Ganze gesehen – kaum Abweichungen (Vgl. die Belege bei *LK-Ruß*<sup>11</sup> § 258, 9/10 ff; *Tröndle/Fischer*<sup>49</sup> § 258, 7 ff). Bisher ist noch nicht generell untersucht worden, an welchen Stellen die berufsrechtliche Argumentation von derjenigen abweicht, die auf der Basis der Annahme gemacht wird, daß der Verteidiger Organ der Rechtspflege sei. In Grenzfällen, dort jedenfalls, wo die Effektivität der Strafrechtspflege im Vordergrund zu stehen scheint, gibt es allerdings

signifikante Abweichungen. Aber dort, wo das nicht der Fall ist, hat die berufsrechtliche Lösung den Vorteil, daß sie von den Anwälten selbst verantwortet wird (Das verkennt *Beulke* in seiner Auseinandersetzung mit dieser Auffassung, FS Roxin 1186). Außerdem aber und vor allem garantiert die Vertragstheorie am besten, daß nicht am Nadelöhr, das zum Willen des Beschuldigten führt, vorbei dem Verteidiger eine Pflicht auferlegt wird. Bei gleichzeitiger Ablehnung der Vertrags- und Organtheorie wird gelegentlich Art. 12 GG als direkte Quelle bemüht. Hier fehlen aber noch die erforderlichen, freilich auch schwer zu bewerkstellenden Konkretisierungen.

<sup>359</sup> Vgl. dazu weiter Rdn. 170.

<sup>360</sup> Davon, daß die Nichtaufklärung einer Lüge des Beschuldigten den Verteidiger selbst zum Lügner machen kann, sei einmal ganz abgesehen. Die Trennwand zwischen Schweigen und Handeln ist sehr dünn; Gibt es Anhaltspunkte für eine Garantenstellung, so müßte das Schweigen rechtlich dem Lügen sogar gleichgestellt werden.

Keineswegs ist mit der Entscheidung, daß der Verteidiger nur in engen Grenzen nach § 258 StGB strafrechtlich haftet, auch die Entscheidung über das pro und contra seiner **Wahrheitspflicht** präjudiziert. Nicht alles, was strafprozessual oder berufsrechtlich unzulässig sein könnte, muß zur Strafbarkeit führen. Hier sind die **Unrechtsgrade** auseinander halten. Das heißt, sogar die Lüge des Verteidigers, die *unter* der Marge des für die Haftung nach § 258 StGB erforderlichen Grades der Täterschaft bleibt, kann **berufsrechtlich unzulässig** sein. Wer wünscht, daß ein entsprechender Verstoß nicht ohne Folgen bleiben solle, darf nur eben nicht ohne weiteres gleich das Strafgesetz beanspruchen. Wenn also der Bundesgerichtshof ausführt, daß dem Verteidiger untersagt sei, „durch aktive Verdunkelung und Verzerrung des Sachverhalts die Wahrheitserforschung zu erschweren“, daß er „ein Recht zur Lüge“ ebenso wenig habe wie „ein Recht zur Beratung bei der Lüge“, so kann man ihm darin recht geben, ohne sich an die daraus gezogenen Konsequenzen für die **Strafbarkeit** des Verteidigers zu binden. Vorzuwerfen ist dem Bundesgerichtshof, daß er die beiden Fragen nicht trennt<sup>361</sup>.

133h

Wer jenseits der Frage nach der **Strafbarkeit die Lüge** des Verteidigers für unzulässig hält, macht also eine neue Rechnung auf<sup>362</sup>, muß andere, etwa durch die **Berufsgerichtsbarkeit**<sup>363</sup> auszusprechende Sanktionen<sup>364</sup> anstreben<sup>365</sup>.

133i

Daß es im übrigen für den Verteidiger und den Beschuldigten auch nicht **zweckmäßig** ist, wenn der Verteidiger aktiv die Unwahrheit behauptet, sei nur noch am Rande vermerkt. Aber es bleibt dabei, daß er insoweit nicht der **Patronisierung** durch ein entsprechendes Strafrecht bedarf, auch dann nicht, wenn man das Interesse des Verteidigers daran, daß er zur Wahrheit verpflichtet ist, auf seine psychologisch-strategischen Hintergründe befragt. Denn da zeigt sich natürlich, daß es für die Verteidigung nicht nur zweckmäßig ist, nicht zu lügen, sondern – darüber hinaus – sogar zur Wahrheit verpflichtet zu sein. Der damit eröffnete Vertrauensvorschuß gibt den Richtern einen plausiblen Grund, dem Verteidiger zu glauben. Anders ausgedrückt: Eine erklärte und offizielle **Freistellung** des Verteidigers von der **Wahrheitspflicht** würde viele seiner Äußerungen in den Bereich der Beliebigkeit rücken, Wahres und Falsches für den Richter

<sup>361</sup> Wahrscheinlich hindert den BGH daran die Vorstellung, der Verteidiger sei ein Organ der Rechtspflege, dessen Pflichtverletzung ipso jure die in § 258 StGB geschützte Strafrechtspflege berühre. Aber zwingend ist das selbst auf dieser Basis nicht. Denn man kann, wenn schon darauf bestanden wird, daß der Verteidiger auch öffentliche Aufgaben erfüllt (und *deshalb* ein Organ der Rechtspflege sei), diese sehr wohl darauf beschränken, daß er „auf der Tateseite die Unschuldsumutung (und ggf. nun alle zugunsten des Beschuldigten sprechenden Tatsachen) zur Geltung bringt und in rechtlicher Hinsicht die Justizförmigkeit des Verfahrens überwacht und garantiert“ (Roxin FS Hanack 11). Ferner ließe sich durchaus ein Begriff vom Organ der Rechtspflege und auch von der Rechtspflege denken, der eine privatrechtlich organisierte Tätigkeit der Verteidigung erlaubt.

<sup>362</sup> Anders ist es natürlich, wenn für § 258 StGB eine Einheitstäterlösung favorisiert wird. Dann bedarf es schon für jede im Sinne der Vereitelung der Bestrafung kausale und im übrigen dem Verteidiger auch objektiv zurechenbare Handlung die Absiche-

rung durch einen wirksamen Vertrag. Folgt man der Vertragstheorie nicht, so entscheidet die mit Blick auf eine Stellung als Organ der Rechtspflege entwickelte Kasuistik der Rspr. Das gleiche gilt für die Position derer, welche die Vertragstheorie und die Organtheorie ablehnen. Freilich gibt es dann noch weniger Anhaltspunkte für eine einigermaßen konsistente Rspr.

<sup>363</sup> Zu den insoweit freilich problematischen materiellrechtlichen Grundlagen vgl. unten Rdn. 170.

<sup>364</sup> §§ 113 ff BRAO.

<sup>365</sup> Wer zwar nicht der Vertragstheorie folgen und dennoch die Freiheit des quasi mittäterschaftlich handelnden Verteidigers von der Haftung nach § 258 StGB annehmen möchte, muß für die jenseits der Straffreiheit nach § 258 StGB liegenden Bedürfnisse nach Sanktionierung eines die Unwahrheit sagenden Verteidigers sich auf das beziehen, was insoweit daraus folgen könnte, daß der Verteidiger ein Organ der Rechtspflege sei. Wird auch dies Position abgelehnt, so ist die Stellung des Verteidigers ganz unbestimmt und dementsprechend sind es die Regeln für sein Verhalten.

ununterscheidbar machen und damit die Überzeugungskraft des Verteidigers, gleichviel ob er die Wahrheit sagt oder nicht, paralisieren<sup>366</sup>.

- 133j** Es versteht sich von selbst, daß das nicht so sein sollte. Das anwaltliche Berufsrecht müßte gegen eine solche „rhetorisch aufgezogenen Wahrheitsideologie im Interesse des Lügenerfolges<sup>367</sup> gegebenenfalls entsprechende Vorkehrungen treffen. Diese Anregung<sup>368</sup> braucht sich nicht entgegenhalten zu lassen, das Berufsrecht könne so etwas nicht leisten. Die – auch allgemein geäußerte – Besorgnis fällt vielmehr auf die **für ihr Berufsrecht verantwortliche Anwaltschaft** zurück. Der Mangel an Organisation eines einheitlichen berufsständischen Konzepts sollte jedenfalls nicht durch Wechsel auf das Strafrecht kompensiert werden.
- 133k** Wer als Verteidiger über die Grenzen der „Mittäterschaft“ hinausgeht, kann sich indessen nicht mehr ohne weiteres darauf berufen, daß er die **Autonomie des Beschuldigten**, wiewohl durch diesen selbst ermächtigt, **unangetastet** läßt. Vielmehr bedarf die Ermächtigung einer besonderen Prüfung. Das heißt, daß in diesen Fällen gegebenenfalls die Lüge des Verteidigers auf die Anwendbarkeit des § 258 StGB durchschlägt. Wenn sie zwischen Verteidiger und Beschuldigtem so verabredet worden ist, daß der Beschuldigte zum **Werkzeug des Verteidigers** wird, ist die Vereinbarung, wie auch in anderen Fällen der **„Entmündigung“** des Mandanten, gemäß § 138 BGB nichtig. Handelt der Verteidiger aus eigenen Stücken – dann fehlt es von vornherein an einer legitimierenden Vereinbarung.
- 134** § 258 StGB gehört zu den Vorschriften, die das Strafurteil schützen<sup>369</sup>. Wer selbst im Rahmen eines Strafverfahrens beschuldigt wird, hat nicht die Pflicht, sich an der Förderung des Strafverfahrens zu beteiligen. Dieser im modernen Strafprozeß unstrittige Grundsatz würde ausgehöhlt, wenn dem Beschuldigten nur erlaubt wäre, sich passiv zu verhalten. Sein Schweigen etwa belastet ihn möglicherweise stärker als eine eigene aktive Verteidigung. Für den unschuldigen Beschuldigten ist das offensichtlich. Das Gesetz gestattet indessen nicht, die Grenzen der **erlaubten Aktivität** des Beschuldigten unterschiedlich zu ziehen, je nachdem ob der Beschuldigte schuldig ist oder nicht. Die Schuld wird (erst) durch das Urteil festgestellt. Die bis dahin bestehende **Unschuldsvermutung** wirkt sich aber nicht nur darauf aus, wie andere Personen, insbesondere andere Prozeßbeteiligte, mit einem Verdächtigen umzugehen haben, sondern auch in dem Sinne, daß *jeder* Beschuldigte sich so verhalten darf, als sei er unschuldig.
- 135** Der strafverfolgende Staat respektiert und fördert das Recht des Beschuldigten, sich aktiv zu verteidigen. Die lange Tradition des „gelehrten“ Rechts hat zu einer allmählich, seit hundert Jahren endgültig etablierten Institution fachkundiger Verteidigung geführt (nur um die Details wird seitdem noch gekämpft), welche die insoweit mehr oder weniger unwiderlegbar vermutete **mangelnde Handlungs- und Beurteilungskompetenz** des Beschuldigten kompensieren soll. Darüber, daß diese Fürsorge nicht obrigkeitlich, durch Schaffung quasi staatlicher Hilfe erfolgen muß, sondern auch – wie das geltende Recht – den Weg gehen kann, dem Hilfsbedürftigen die Möglichkeit entsprechender Vertragsschlüsse zu gewähren, siehe oben Rdn. 30, 32; hinzuzufügen ist hier, daß dies, wie andere Beispiele zeigen, durchaus eine geläufige **Technik des modernen Sozialstaats** ist und – wie dargelegt – sich aus der besonderen Entwicklung des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft bei uns ergibt. Diese Kompensation *kann* sich auf – immer noch

<sup>366</sup> Vgl. dazu die dem Problem auf den Grund gehenden Ausführungen von *Salditt* StV 1999 63 ff; vgl. auch *Beulke* FS Roxin 1186.

<sup>367</sup> *Salditt* (Wahrheit) 4.

<sup>368</sup> Weshalb *Widmaier* (in: FG Bundesgerichtshof IV 1048, Fußn. 21) in diesem Zusammenhang „Zynismus“ assoziiert, ist unerfindlich.

<sup>369</sup> *Vormbaum* aaO (Fußn. 223) 428.

in der Sprache des Strafrechts – Teilnahmehandlungen des Verteidigers beschränken; aber längst nicht in allen Fällen genügt das, ist vielmehr „**Täterschaft**“ gefordert, wenn der Beschuldigte sein Recht zur aktiven Verteidigung effektiv wahrnehmen können soll. Die Konstruktion der straflosen Mitwirkung eines „Mittäters“ (des Verteidigers) im Falle der Straflosigkeit des anderen „Mittäters“ (Beschuldigter) trägt diesem rechtlich anerkannten Bedürfnis des Beschuldigten exakt Rechnung. Einer besonderen, die Ausnahme von der Haftung nach § 258 StGB begründenden Legitimation für den Verteidiger bedarf es also im Prinzip nicht<sup>370</sup>.

Die Frage, ob ein Verteidigerhandeln Strafvereitelung i. S. d. § 258 StGB sein könnte, taucht natürlich dann **nicht** auf, wenn die Vortat **nicht wirklich begangen** ist. „Keine Strafvereitelung begeht (...), wer mit prozeßordnungswidrigen Mitteln die Verurteilung eines Unschuldigen vereitelt“<sup>371</sup>. Auch die alleinige „Tatherrschaft“ des Verteidigers (er stellt etwa gegen den Willen des – im Ergebnis unschuldigen – Beschuldigten der Entlastung dienende Beweisanträge) wirkt sich dann nur im Verhältnis zum Beschuldigten aus und ist nach den dafür entwickelten Kriterien (s. Rdn. 34 ff) zu beurteilen. Das gleiche Verhalten des Verteidigers im Falle des schuldigen Beschuldigten hingegen – das sei noch einmal zur Klarstellung gesagt – bleibt nur dann außerhalb des Bereichs des § 258 StGB, wenn das **Minimum an eigenverantwortlicher Beteiligung des Beschuldigten** (das „Mittäterschaft“ des Verteidigers nicht ausschließt, s. oben Rdn. 132) gewahrt ist; bis zu diesem Punkt wirkt sich das Privileg des schuldigen Beschuldigten, seiner Bestrafung entgegenzuwirken, auch auf das Handeln des Verteidigers aus. Diese Abhängigkeit der Beurteilung des Verteidigerhandelns von der materiellen Rechtslage mag insofern irritieren, als es für die Verletzung des durch § 258 StGB geschützten Rechtsguts vielleicht „nicht auf die materielle Rechtslage (...), sondern nur darauf ankommt“, daß die „Verurteilung des Beschuldigten in einem nach den Regeln des Prozeßrechts durchgeführten Strafverfahren vereitelt wird“<sup>372</sup>. Damit kann aber nicht die „völlige Ablösung von der der Strafrechtspflege gestellten spezifisch kriminalpolitischen Aufgabe der Realisierung der Strafzwecke“ gemeint sein<sup>373</sup>. Anderenfalls käme der Vorschrift „kein rational begründbarer Stellenwert im Gefüge der Rechtspflegeschutz-Tatbestände“ zu, weil die bloße Beeinträchtigung der ordnungsgemäßen Entscheidung bereits hinlänglich durch andere Tatbestände sichergestellt ist<sup>374</sup>. Geschützt ist in § 258 also nur die **materiell richtige Entscheidung**. Daß die Anwendung dieser Vorschrift auf das Verteidigerhandeln zu einer ex-post-Betrachtung nötigt (wenn man einräumt, daß erst bei einer Verurteilung – und auch dann nur pragmatisch gesehen – die Haupttat feststeht, obwohl es doch gerade darum geht, das Verteidigerhandeln ex ante zu würdigen), darf ebenfalls nicht irritieren. § 258 StGB hat in erster Linie andere Fälle im Auge; was er für die Beurteilung des Verteidigerhandelns nicht leistet, hat das materielle Strafrecht nicht zu verantworten; insofern müssen die Lösungen anderwärts gesucht werden. Seit der Einführung des § 138a (Abs. 1 Nr. 3) allerdings verschwimmt praktisch der Unterschied zwischen der Verteidigung eines „Unschuldigen“ oder eines „Schuldigen“, denn das Vorliegen der Haupttat wird für die Frage der Beurteilung des Verteidigerhandelns – jedenfalls bei seinem Aus-schluß – einfach unterstellt (dazu § 138a, 29 ff).

Die demgegenüber in Rechtsprechung und Literatur vorgenommenen Abgrenzungen von nach § 258 StGB strafbaren und nicht strafbaren Verteidigungshandlungen vermögen nicht zu überzeugen. Einmal, weil die **zirkuläre Argumentation** (Verteidigerhand-

<sup>370</sup> Genauere, die Systematik des strafrechtlichen Delikttaufbaus berücksichtigende Konstruktion bei § 138a, 66 ff.

<sup>371</sup> SK-StGB-Samson § 258, 16.

<sup>372</sup> Vormbaum aaO (Fußn. 223) 396.

<sup>373</sup> Vormbaum aaO.

<sup>374</sup> Vormbaum aaO.

lungen sind unzulässig, soweit sie Strafvereitelung gemäß § 258 StGB darstellen; zulässige Verteidigerhandlungen unterfallen nicht dem Tatbestand des § 258 StGB<sup>375</sup>) nicht aufgelöst wird<sup>376</sup>, zum anderen, weil die Rechtsgrundlage für die kasuistisch zulässigen (nicht strafbaren) und unzulässigen (strafbaren) Verteidigungshandlungen nicht mitgeteilt oder – bei Ableitung aus der Stellung des Verteidigers als Organ der Rechtspflege – nicht hinreichend konkretisiert wird (im einzelnen: § 138a, 37 ff).

**137a** Das **Prozeßrecht** gibt insoweit nicht genug her<sup>377</sup>. In keiner Vorschrift wird die **spezifische Tätigkeit** des Verteidigers begrifflich oder wenigstens exemplifizierend fixiert<sup>378</sup>. Das gilt auch für das **neue Berufsrecht**. Die Versuche, deshalb aus dem **Wesen der anwaltlichen Prozeßhandlung** die Zulässigkeit und damit auch Straflosigkeit des Verteidigerhandelns abzuleiten, müssen ebenfalls scheitern, weil auch eine gewohnheitsrechtlich ausgearbeitete Dogmatik insoweit fehlt, und abrufbare übergesetzliche Strukturen jedenfalls bei einem von so vielen gesellschaftlichen Determinanten geprägten Berufsbild erst recht nicht existieren<sup>379</sup>. Das gilt grundsätzlich, geht aber auch aus den Schwierigkeiten hervor, außerprozessuale – von vornherein nicht mit dem Vorschub des professionell-sozial Adäquaten ausgestattete – Handlungen von Prozeßhandlungen abzugrenzen<sup>380</sup>. Der einzige Fixpunkt sind der **Beschuldigte und sein Recht, sich eines Verteidigers zu bedienen**. In dieser Funktion handelt der Verteidiger frei im Rahmen der Gesetze. Deren Inhalt ist zu bestimmen, allerdings durchaus mit Blick auf die Funktion des Verteidigers<sup>381</sup>. Aber das ist eine andere Logik als die einer aus der Legitimierung des jeweiligen Verteidigerverhaltens abgeleiteten Sperrwirkung für die Anwendung genereller, den Verteidiger in seiner Tätigkeit – faktische betrachtet – begrenzender Strafvorschriften<sup>381a</sup>. Dieses Verteidigerverhalten kann daher auch nicht den normativen Vorsprung eines *prima vista* korrekten und deshalb manchmal neutral genannten **berufstypischen Verhaltens**<sup>381b</sup> beanspruchen. Die Analyse der Bewertungen, die dabei fällig werden, führt am Ende immer wieder zurück zu einzelnen **externen rechtlichen Regeln**<sup>381c</sup>, die ihrerseits unter Umständen das Komplexe der „guten Sitten“ in Bezug nehmen<sup>382</sup>.

**138** Auch die Vorschrift des **§ 120 StGB** ist nicht an den – in Untersuchungshaft<sup>383</sup> befindlichen – Beschuldigten adressiert oder an den eine Freiheitsstrafe verbüßenden

<sup>375</sup> So besonders ausführlich und intensiv *G. Wolf*, auf der Basis einer bedenklichen Annäherung an ältere, die „Wertfreiheit“ des Tatbestandes betonende Lehren (272 ff).

<sup>376</sup> Vor allem von *Vormbaum* aaO (Fußn. 223) 424 treffend hervorgehoben. Freilich trifft das Verdikt auch seinen eigenen Versuch, die Abgrenzung zwischen zulässigem Verteidigerhandeln und Strafvereitelung zusätzlich unter dem Gesichtspunkt vorzunehmen, daß „ein erwartungsgemäßes Verhalten des Strafverteidigers nicht die Ordnungsgemäßheit“ der Entscheidung berühre und damit nicht das in § 258 StGB geschützte Rechtsgut, der Tatbestand also von vornherein nicht erfüllt sei.

<sup>377</sup> So im Erg. wohl auch *Fezer* JZ 1996 614; a. A *G. Wolf* 117 ff, 147 ff, der sich sogar gegen die Auffassung ausspricht, es gebe insoweit nur fragmentarische Regelungen (294).

<sup>378</sup> Das verkennt insbesondere *G. Wolf* aaO – ungeachtet des Verdienstes, die formalen Berechtigungen des Verteidigers erschöpfend zusammengestellt zu haben.

<sup>379</sup> Vor allem handelt sich diese Position die kaum überwindbare Schwierigkeit ein, ein entsprechend

aufwendiges internes System von Beschränkungen der Rechte des Verteidigers zu entwickeln (*G. Wolf* 313 ff), während die hier vertretene Position ohne weiteres klar erkennbare externe Grenzen ziehen kann; s. schon Rdn. 105, 105a.

<sup>380</sup> Vgl. die Analysen bei *Grüner* 124 ff, der gleichwohl optimistischere Konsequenzen zieht.

<sup>381</sup> Vgl. dazu die höchstrichterliche Rspr. zur Urkundenfälschung, Nötigung oder Beleidigung des Gerichts durch den Verteidiger (unten Rdn. 167).

<sup>381a</sup> Zur Kasuistik s. auch schon oben Rdn. 115a.

<sup>381b</sup> Dazu *Otto* Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen gesetzmäßigen Verhaltens JZ 2001 436 (437–440), der verschiedenen Fallgruppen bildet und zahlreiche Belege liefert.

<sup>381c</sup> Zu dem systematischen Standort der dann zu lösenden Zurechnungsprobleme vgl. *Lüderssen* Beihilfe, Strafvereitelung und objektive Zurechnung FS Grünwald (1999) 329 (349 ff).

<sup>382</sup> Dazu auch oben Rdn. 38 ff.

<sup>383</sup> LK-v. *Bubnoff*<sup>10</sup> § 120, 14.



Gefangenen<sup>384</sup>. Der Verteidiger in diesen Fällen ist jedoch nicht nur als Täter, sondern auch als **Teilnehmer** strafbar – nicht weil die Regel der Akzessorität durchbrochen ist, sondern weil § 120 StGB Beihilfehandlungen selbständig vertypt, so daß sie gemäß den zu § 27 (StGB) geltenden Grundsätzen bestimmt werden können<sup>385</sup>. Die auf Haftentlassung gerichteten Bemühungen der Verteidigung werden indessen nicht erfaßt, es handelt sich insoweit um untaugliche Befreiungsmittel i. S. d. § 120 StGB<sup>386</sup>. Entscheidend ist, daß eine **rechtsförmig einwandfreie Entscheidung** vorliegt<sup>387</sup>, die auch dann unberührt bleibt, wenn der Richter zum Beispiel einen Haftbefehl willkürlich aufhebt<sup>388</sup>, wozu er etwa durch die Verteidigung angeregt worden sein könnte (ebenso wie es für die Rechtmäßigkeit der Inhaftierung lediglich darauf ankommt, daß die Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Vollstreckung gegeben sind, und nicht darauf, ob das Urteil bzw. die Verhängung der Untersuchungshaft materiell richtig sind). „Eine solche Art mißbräuchlicher Ausnutzung der Staatsgewalt“<sup>389</sup> ist nach § 336 StGB oder § 258a StGB zu beurteilen; für eine eventuelle Teilnahme des Verteidigers daran gilt nichts besonderes.

**bb) Einzelne Verteidigerhandlungen und -rechte**<sup>390</sup>. Nicht mehr umstritten ist heute **139** das Recht des Verteidigers zu **eigenen Ermittlungen**<sup>391</sup>. Begrenzt wird es durch die vertraglichen Abmachungen mit dem Beschuldigten. Gegen seinen Willen darf der Verteidiger nicht selbst ermitteln, es sei denn, der Fall liegt so, daß diese Einschränkung mit den berufsrechtlichen Grundsätzen nicht vereinbar und daher – über § 138 BGB (s. dazu Rdn. 37, 56, 61) – unwirksam ist.

Grenzen, die dem Verteidiger insoweit im Rahmen der allgemeinen Rechtsordnung **139a** gezogen werden, sind nach der Rechtsprechung auch in der StPO zu finden. So muß sich der Verteidiger gefallen lassen, daß ihm gegenüber gemachte **Aussagen** in der Hauptverhandlung **nicht reproduziert** werden dürfen (§ 252 analog)<sup>392</sup>. Auf der anderen Seite sind die Ergebnisse der Ermittlungen des Verteidigers auch durch **Zeugnisverweigerungsrechte** (§ 53 Abs. 1 Nr. 2, § 53a) und durch Beschlagnahmefreiheiten (§ 97) geschützt<sup>393</sup>.

Bei der Pflichtverteidigung tauchen allerdings die besonderen Probleme der **Kosten- 140** **erstattung** auf. Sie sind nach dem Grundsatz der „Waffengleichheit“ zu lösen (zu Einzelheiten vgl. LR-*Hilger* § 464a, 49), dessen Gültigkeit auch der „nur“ auf eine vertragliche Beziehung zum Beschuldigten sich stützende Verteidiger beanspruchen kann, weil die dafür erforderliche staatliche Anerkennung der Funktion des Verteidigers bei richtigem Verständnis der in unserem Gemeinwesen stabilisierten Abgrenzung von Staat und Gesellschaft (s. oben Rdn. 28 ff) nicht darauf angewiesen ist, dem Verteidiger eine darüber hinausgehende, nicht anders als unverbindlich „freischwebende“, fiktive, quasi-staatlich zu begreifende Stellung zuzubilligen.

Für die **Absprachen** gilt das zu den eigenen Ermittlungen Gesagte entsprechend. Die **141** Behauptung, daß gerade für diese Aufgabe des Verteidigers es des Rückhalts der Stellung eines Organs der Rechtspflege bedürfe<sup>394</sup>, beruht auf dem Unvermögen vieler

<sup>384</sup> Über die Dauer der Bevollmächtigung bzw. der Pflichtverteidigerbestellung vergleiche § 137, 46 ff; § 141, 28 ff.

<sup>385</sup> LK-v. *Bubnoff*<sup>10</sup> § 120, 29.

<sup>386</sup> LK-v. *Bubnoff*<sup>10</sup> § 120, 27.

<sup>387</sup> LK-v. *Bubnoff*<sup>10</sup> § 120, 42.

<sup>388</sup> LK-v. *Bubnoff*<sup>10</sup> § 120, 27.

<sup>389</sup> LK-v. *Bubnoff*<sup>10</sup> § 120, 42.

<sup>390</sup> Erschöpfende Kasuistik bei *Hassemer* in: (Formularbuch<sup>4</sup>) 23 ff; praktische Hinweise auf der Basis des StVAG 1999 bei *Hilger* StraFo. 2001 109 ff.

<sup>391</sup> Ausführlich – und auf dem neuesten Stand – dazu *Baumann* Eigene Ermittlungen des Verteidigers (1999) 197.

<sup>392</sup> BGHSt 46 1 = NJW 2000 1277; zust. *Volk* JuS 2001 130.

<sup>393</sup> *Perron* Das Beweisantragsrecht des Beschuldigten im deutsche Strafprozeß (1995) 134.

<sup>394</sup> *Rückel* NSStZ 1987 299.

Anwälte, zu akzeptieren, daß Verständigung mit den staatlichen Strafverfolgungsorganen **nicht** heißen kann, **Teilhabe am Staat** zu erstreben, sondern zu erkennen, daß der Staat die Rolle der Vertreter etablierter freier Berufe für die Erfüllung wichtiger, im Interesse einzelner liegender Aufgaben<sup>395</sup> respektiert. Die moderne Verteidigerschaft jedenfalls hat diesen Respekt nicht deshalb erlangt, weil die Verteidiger Organ der Rechtspflege sind, sondern weil sie in der Beziehung zum Beschuldigten eine gesteigerte fachliche Qualität erreicht haben, die *Hanack* wie folgt kommentiert hat: „Dieser **neue Verteidigertyp** ist (...) das vielleicht interessanteste und wichtigste Phänomen in unserer Strafrechtspflege (...) gemeint ist (...) der Typ eines sehr engagierten und grundsätzlich seriösen, oft überraschend kundigen Verteidigers; aber eines Verteidigers, der die weiten und äußersten Möglichkeiten unserer Prozeßordnung, anders als die Generation vor ihm, nicht nur ausnahmsweise ausnutzt; sondern der im Interesse seines Mandanten, auch wenn er ihn für schuldig hält (etwas, was diese Verteidiger – bezeichnenderweise – oft gar nicht wissen *wollen*, weil es ihnen eine engagierte Verteidigung psychologisch, rechtlich und standesrechtlich erschwert), in alle gesetzlichen Freiräume vorstößt und dabei Verteidigungsstrategien entwickelt, die gerade auch auf die typischen Schwachpunkte unserer Justiz zielen. Es ist der Typ eines Verteidigers, der in der Regel formal durchaus korrekt verfährt, auch das Standesrecht beachtet, sich im Grunde aber dem traditionellen Ziel des Strafverfahrens nicht mehr verpflichtet fühlt oder mindestens doch die Bedeutung dieses Ziels im Spannungsverhältnis zu den Interessen seiner Mandanten kritischer gewichtet als früher; und der zudem (...) unserer Strafjustiz mit oft geradezu abgrundtiefer Skepsis gegenübersteht“<sup>396</sup>. Diese Skepsis mag in den letzten Jahren zurückgegangen sein; umso mehr aber sind **dogmatische Kompetenz** und **rechtspolitische Kreativität** gestiegen.

**142** Auch hier ist im übrigen darauf hinzuweisen, daß die „Wahrheits-“ und „Gerechtigkeits-“ Konzeptionen von Strafverfolgung einerseits und Verteidigung andererseits **unterschiedlich** sein dürfen (s. oben Rdn. 92) und daß diese Einsicht in Beziehung zu setzen ist zum Problem der Legitimation von Zuschreibungsprozessen auf dem Hintergrund „interaktionistischer“ Wahrheits- und Richtigkeitstheorien<sup>397</sup>, wonach sich das Ganze möglicherweise als die **Konkurrenz verschiedener Zuschreibungskonzepte** darstellt. Das „Substantielle“ ist also relativiert: vielleicht geht es im Strafprozeß überhaupt nicht um Feststellung oder Ableitung<sup>398</sup>; die damit verbleibende Möglichkeit der Verständigung muß deshalb eo ipso von divergierenden Konzepten ausgehen. Keineswegs jedoch verläuft das nur strategisch: Die Minimalpositionen, die jede Seite einbringt, markieren zugleich auch den verbleibenden substantiellen Rahmen<sup>399</sup>.

<sup>395</sup> S. dazu die Erhebungen von *Büschges* BRK-Mitt. 1987 16.

<sup>396</sup> *Hanack* Vereinbarungen im Strafprozeß, ein besseres Mittel zur Bewältigung von Großverfahren?, in: Ministerium der Justiz Rheinland-Pfalz (Hrsg.) Mainzer Runde '85 (1987) 4. Dazu auch *Hanack* StV-Sonderheft 1990 18 sowie *Gatzweiler* FS Koch 102; *Fezer* StV 1995 263; *Wolfslast* NSTZ 1990 410.

<sup>397</sup> *Lüderssen* Kriminologie (1984) Rdn. 837 bis 846; *Lüderssen* Gebotene Zuschreibung in: FS Sack (1996) 113; *Boers* Kriminologie und Kausalität (2001) 41 ff (s. auch schon oben Rdn. 23).

<sup>398</sup> *Lüderssen* Kriminologie Rdn. 646 bis 660 mit Nachw.; aus der strafprozessualen Literatur *Vormbaum* aaO (Fußn. 223) 129 ff.

<sup>399</sup> Mit Recht unterstreicht *Vormbaum* aaO (Fußn. 223) 130 die Notwendigkeit, für das Strafverfahren eine „psychologisch angemessene Interpretation“ zu leisten: „menschliches Verhalten bedarf wenigstens subjektiv einer bestimmten Intentionalität“; im Übrigen vgl. zu den Absprachen die weit. Hinweis bei *Lüderssen* Abschaffen des Strafs? (1995) 323 ff; LR-*Rieß* Einl. G 58 ff (dort vor allem auch die Entwicklung der einschlägigen Rspr.) und im Kontext der Strafverteidigung *Jahn* (Konfliktverteidigung) 110 ff; *Weider* Vom Dealen mit Drogen und Gerechtigkeit (2000) 147 ff; zur Frage der gesetzlichen Regelung der Absprachen im Strafprozeß vgl. *Däubler-Gmelin* StV 2001 359 ff (363); *Hamn* FS Meyer-Goßner (2001) 33; s. ferner die Reform-

Das **Akteneinsichtsrecht** des § 147 ist die notwendige Voraussetzung dafür, daß der Beschuldigte im Verfahren die Subjektstellung erlangen kann<sup>400</sup>. Die **Akteneinsicht** dient dem **Beschuldigten**. Lediglich aus Gründen der Vorsicht ist sie in die Hand einer Person gelegt, die entweder durch Vorbildung und Berufsrecht oder infolge der Kontrolle, die das Gericht bei der Auswahl ausübt, Gewähr dafür bietet, daß die Akten bei der Einsicht nicht beschädigt, verfälscht oder vernichtet werden. Es wäre falsch, hieraus, wie das gelegentlich geschieht, den Schluß zu ziehen, daß das **Recht auf Akteneinsicht** dem **Verteidiger** zustehe. Nach seinem Zweck steht es vielmehr *quoad ius* dem Beschuldigten, *quoad exercitum* dem Verteidiger zu (Einzelheiten § 147, 6 ff).

Das Recht des Beschuldigten, sich – vertraglich – der Hilfe eines Verteidigers zu versichern, liefe leer, wenn er nicht grundsätzlich die unbeschränkte Möglichkeit des **persönlichen Verkehrs** mit dem Verteidiger hätte. Einer von seiner Beziehung zum Beschuldigten unabhängigen Legitimation bedarf der Verteidiger also auch hier nicht. Die Grenzen des Umgangs mit dem Beschuldigten ergeben sich aus den allgemeinen Gesetzen. Bei dem in Untersuchungshaft befindlichen Beschuldigten tritt § 119 hinzu. Da die Gestattung des schriftlichen und mündlichen Verkehrs zwischen Beschuldigtem und Verteidiger in § 148 – unstreitig – bedeutet, daß damit unüberwachter Verkehr gemeint ist, gelten die Beschränkungen des § 119 Abs. 3 insoweit nicht<sup>401</sup>. Am konsequentesten ist somit *Hilger*<sup>402</sup>, wenn er über Telefongespräche in der Haft sagt: „Das Gespräch wird, abgesehen von den Gesprächen mit dem Verteidiger (§ 148), überwacht, wenn eine konkrete Gefährdung der in § 119 Abs. 3 genannten öffentlichen Interessen besteht“ (s. ferner § 148, 14). Daß die Position des Verteidigers besser ist als die irgendeines Dritten, beruht auf dem Zutrauen in die professionelle Qualität des Verteidigers, ebenso wie man einem approbierten Arzt die Wege zum Patienten erleichtert, nicht hingegen auf einer besonderen Stellung des Verteidigers als Organ der Rechtspflege (Einzelheiten § 148, 6 ff).

Die wichtigste Konsequenz aus der – auch von der Unschuldsvermutung geprägten – Subjektrolle des Beschuldigten ist das **Schweigerecht** des Verteidigers. Das nemo-tenetur-Prinzip für den Beschuldigten, der sich dem Verteidiger soll anvertrauen dürfen, darf nicht leerlaufen bzw. nicht unterlaufen werden. Der Beschuldigte stünde, wäre es anders, **ohne Verteidiger besser** da. Eine zwingende Konsequenz aus dem so zu verstehenden Schweigerecht sind das Beschlagnahmeprivileg für Anwälte, einschließlich seiner Ausdehnung auch auf die Fälle des § 97 Abs. 2 S. 3 bei Verteidigern<sup>403</sup> und die Ausnahmen bei der Telefonüberwachung<sup>404</sup>. Dieses Privileg steht selbst dem Syndikusanwalt zu<sup>405</sup>.

Für **sonstige Rechte**<sup>406</sup> oder **Privilegien** gilt das folgende: Gemeinsamer Ausgangspunkt ist, daß auch diese Rechte nur dazu dienen, der Subjektstellung des Beschuldigten im Verfahren, seiner Autonomie, volle Geltung zu verschaffen.

vorschläge im Alternativ-Entwurf Reform des Ermittlungsverfahrens (AE-EV) (2001) 134 ff.

<sup>400</sup> Das BVerfG StV 1994 466 f hat zu Recht herausgearbeitet, daß es der Grundsatz des rechtlichen Gehörs gemäß Art. 103 Abs. 1 GG zusammen mit dem *fair trial*-Prinzip gebietet, dem in Untersuchungshaft befindlichen Beschuldigten einen Anspruch auf Akteneinsicht über seinen Verteidiger zu geben, wenn und soweit er diese Informationen benötigt, um auf die Haftentscheidung effektiv einwirken zu können. Vgl. auch EGMR NStZ 1998 429; BGH StV 1996 79 sowie LG

*Aschaffenburg* StV 1997 646 und *Welp* FS II Peters 309 sowie unten § 147, 161, 161a.

<sup>401</sup> Unbeschadet anderer zumutbarer Anpassungen an die organisatorischen Möglichkeiten der JVA, vgl. *Lüderssen* StV 1999 491.

<sup>402</sup> LR-*Hilger* § 119, 6.

<sup>403</sup> LR-*Schäfer*<sup>24</sup> § 97, 58.

<sup>404</sup> LR-*Schäfer*<sup>24</sup> § 100a, 26.

<sup>405</sup> *Roxin* NJW 1992 1135; LG Frankfurt StV 1993 351.

<sup>406</sup> Vgl. die Aufzählung bei *Ignor* 20.

- 147** Das sei hier – nur mit Blick auf die generelle Vereinbarkeit mit dem **Vertragsprinzip** (Rdn. 33 ff) – (pars pro toto) kurz demonstriert an Hand der folgenden Vorschriften<sup>407</sup>, die vorsehen, daß
- 148** Verteidiger und Beschuldigter **nebeneinander** handeln – §§ 61 Abs. 5, 71 Abs. 1 S. 2, 240 Abs. 2 S. 1, 251 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2 S. 1,
- 149** Handlungen **gegenüber** Verteidiger und Beschuldigtem vorgenommen werden – §§ 118a Abs. 1, 218 S. 1, 233 Abs. 3 S. 1, 1. Hs.,
- 150** der Verteidiger **ohne Vollmacht** des Beschuldigten nicht handelt – §§ 302 Abs. 2, 297, 233 S. 1,
- 151** der Verteidiger im engeren Sinne **eigene Rechte** hat – §§ 81 Abs. 1, 145a Abs. 3, 218 S. 2 (217 Abs. 3), 239 Abs. 1, 240 Abs. 2 S. 2,
- 152** Verteidiger **Handlungsprivilegien** haben: Befreiung von den Maßnahmen gemäß §§ 177, 178 GVG; begrenzte Anwendung des § 176 GVG.
- 153** Einige dieser Vorschriften (§ 240 Abs. 2 S. 1, § 118a Abs. 1, § 218 S. 1) sind zweckmäßig im Sinne der effektiven **Durchsetzung der Autonomie** des Beschuldigten mit Hilfe des fachkundigen Verteidigers.
- 154** Im übrigen geht es nur um sinnvolle **Arbeitsteilung**. Das gilt jedenfalls für die Vorschriften der §§ 145a Abs. 3, 218 S. 2, 217 Abs. 3, 240 Abs. 2 S. 2.
- 155** Ganz unproblematisch sind die Vorschriften der §§ 302 Abs. 2, 297, 231 S. 1 – hier ist die **Dominanz des Beschuldigten** ausdrücklich vorgesehen.
- 156** Das gilt auch für § 81 Abs. 1. In der Regel ist die Anwendung von **Zwangsmaßnahmen** von der Mitwirkung des Beschuldigten unabhängig. Dort, wo die Gefahr besteht, daß gerade ein Autonomiedefizit beim Beschuldigten das Zwangsmittel indiziert, wird durch die Mitwirkung des Verteidigers eine gewisse Kompensation erreicht. Das Vertragsprinzip ist gewahrt, weil eine mutmaßliche Einwilligung in die gesetzlich vorgesehene Mitwirkung des Verteidigers anzunehmen ist. Im übrigen ist noch einmal zu betonen, daß der Vertrag als Basis für die Stellung des Verteidigers nicht davon berührt wird, daß sein wirksamer Abschluß nicht nur gesetzliche Voraussetzungen, sondern auch vom Gesetz aufgegriffene Wirkungen hat.
- 157** Die Gründe für die Zurückhaltung des Gesetzes bezüglich der Handhabung des **§ 176 GVG**<sup>408</sup> liegen darin, daß die einschlägigen Eingriffe „zur Aberkennung der Postulationsfähigkeit mit nachteiligen Folgen nicht nur für den pflichtwidrig Handelnden (was hinzunehmen wäre), sondern vor allem für die von ihm vertretenen oder zu unterstützenden anderen Verfahrensbeteiligten“, insbesondere der „Beschränkung der Verteidigung (...)“<sup>409</sup> führen können. Die Organstellung des Verteidigers wird im übrigen kaum für die Begründung der Unanwendbarkeit der §§ 177, 178 GVG bemüht<sup>409</sup>.

<sup>407</sup> Die beste verfügbare Übersicht findet sich bei *Rieß* Leitaussagen über Stellung und Funktion des Verteidigers im geltenden Recht, Referat für den Strafrechtsausschuß der Bundesrechtsanwaltskammer (1980), der 52 Paragraphen zählt, in denen ausdrücklich an den Verteidiger angeknüpft wird (S. 4) und für die hier interessierende Gruppe von Vorschriften die folgenden Einteilungen wählt: Anwesenheits- und Antragsbefugnisse, Zustimmungen und Verzichte, Anhörungen und Mitteilungen, dem Verteidiger vorbehaltene Rechte aus dem Betriebsverhältnis, eigene Rechte des Verteidigers. S. ferner *Spendel* 741; *Beulke* 142.

<sup>408</sup> Ausführlich *Gröner* 54; *Katholnigg* GA 2000 87. Generell gegen eine Anwendung von § 176 GVG als Befugnisnorm für Ordnungsverstöße des Strafverteidigers – insbesondere bei „Konfliktverteidigung“ – aber *Jahn* NStZ 1998 391 f.

<sup>409</sup> Nicht genannt in *KK-Müller*<sup>4</sup> § 176, 4; GVG, *Kissel*<sup>2</sup> § 176, 39 ff GVG; *Kleinknecht/Meyer-Göbner*<sup>45</sup> § 176, 4 GVG, und auch nicht bei der von *Kissel*<sup>2</sup> § 176, 40 aufgelisteten Literatur mit Ausnahme von *Dahs* AnwBl. 1959 177 178.

Problematisch ist die Beurteilung der Rechtslage in bezug auf das Recht des Verteidigers, **Beweisanträge** zu stellen. Nach der hier vorgetragenen Konzeption kann er dies nur im Einvernehmen mit dem Angeklagten, wobei dieser natürlich eine **generelle Vollmacht** erteilen darf. Anders sieht das die ganz herrschende Lehre. Der Verteidiger ist „neben dem Angeklagten selbständig berechtigt, Beweisanträge zu stellen“<sup>410</sup>. Auf der Basis der „Organtheorie“ ist das konsequent. Freilich darf auch diese Lehre nicht übersehen, daß die zunehmende Verankerung des Beweisantragsrechts in GG, EMRK und IPBPR<sup>411</sup> ausschließlich der Position des Beschuldigten gilt<sup>412</sup>. Wer nicht der „Organtheorie“ folgt, kommt in Begründungsnöte<sup>413</sup>. Das sieht klar *G. Wolf*, der deshalb ohne Abstriche davon ausgeht, „daß das Beweisantragsrecht während des gesamten Verfahrens als eigenes Recht nur dem Beschuldigten eingeräumt ist (...). Der Verteidiger besitzt nur ein hieraus abgeleitetes Recht zur Vertretung des Beschuldigten“<sup>414</sup>.

157a

**b) Folgen bei Überschreitung der Rechte.** Das sind: Auflösung des Vertragsverhältnisses, Schadensersatz, Auferlegung von Kosten, berufsrechtliche Sanktionen, Ausschluß des Verteidigers, Bestrafung.

158

**c) Reformpläne** gehen in die Richtung einer stärkeren **Beteiligung** des Verteidigers im **Ermittlungsverfahren** und der Gewährung des Rechts zu einer **Eingangsstellungnahme**<sup>414a</sup>. Hierher gehören auch legislatorisch orientierte empirische Forschungsprogramme zur Vermeidung und Verkürzung von Untersuchungshaft durch frühzeitige Strafverteidigung<sup>414b</sup>.

158a

## 2. Pflichten des Verteidigers

**a) Die Pflichten nach ihrem sachlichen Gehalt.** Grundlage ist der Vertrag zwischen Beschuldigtem und Verteidiger und das daraus hervorgehende **wechselseitige Vertrauen**. Insofern verhält es sich nicht anders als bei den Rechten des Verteidigers (Rdn. 111 ff). Hinzu kommt die strafrechtliche Absicherung (§ 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB). Sie setzt den – möglicherweise entgegenstehenden – vertraglichen Vereinbarungen absolute Grenzen (der Verteidiger kann die Schweigepflicht nicht gegen den Willen des Mandanten abdingen, eine entsprechende Abrede wäre gemäß § 134 BGB nichtig), ist ihrerseits aber durch Vertrag aufhebbar (bei Einwilligung des Mandanten ist die Offenbarung nicht unbefugt). Diese Rechtslage ändert nichts an der Prädominanz des Vertragsprinzips (Rdn. 33 ff), zwingt nicht zur Konstruktion des Organs der Rechtspflege und ist auch keine Induktionsgrundlage dafür. Folglich sind auch Grenzen der gesetzlichen **Schweigepflicht**, die mit Blick darauf gefordert werden, daß der Verteidiger ein Organ der Rechtspflege sei, nicht anzuerkennen<sup>415</sup>, zumal für die Durchsetzung des öffentlichen Interesses

159

<sup>410</sup> LR-Gollwitzer § 244, 96 mit Nachw.; *Hamm/Hassemer/Pauly* Beweisantragsrecht (2000) Rdn. 113; *Kempf* Der Rechtsanwalt als Strafverteidiger, § 1 Rdn. 55; weitergehend auch mit Reformvorschlägen: *Anders* Beweiserhebungskontrollen des Tatgerichts und Autonomie der Verteidigung durch Präsentation von Entlastungsbeweisen in der Hauptverhandlung des Strafprozesses (1998), dazu *Gössel GA* 2001 347.

<sup>411</sup> Grundlegend *Perron* aaO 27 ff.

<sup>412</sup> *Perron* aaO 33 f.

<sup>413</sup> Das gilt etwa für *Hamm/Hassemer/Pauly* aaO.

<sup>414</sup> *G. Wolf* 177/178; weiteres § 137, 31 ff.

<sup>414a</sup> *Salditt* Eckpunkte – Streitfragen des partizipatorischen Strafprozesses StV 2001 311; *Dombek*

BRAK-Mitt. 2001 148; *Däubler-Gmelin* aaO 361/362; darüberhinaus sollten die „Äußerungsrechte“ des Verteidigers (*Beulke*<sup>5</sup> 159) speziell mit Blick auf das aporetische Verhältnis von § 257 Abs. 2 und Abs. 3 verbessert werden; zum ganzen ferner *Egon Müller* FS Hanack; *Wesemann* 297 ff; *Leipold* 301 ff.

<sup>414b</sup> Vgl. dazu auch schon die Anregungen bei *Schlothauer/Weider* Untersuchungshaft<sup>3</sup> (2001), 160 f, 225 f, 377 ff.

<sup>415</sup> *Anders Beulke* (Verteidiger) 121 mit Beispielen und weit. Nachw. aus der Literatur; eine absolute Grenze sieht *Beulke* allerdings dort, wo es um die Offenbarung den Beschuldigten belastender Umstände gehen könnte.

an der Durchbrechung der Schweigepflicht außerdem auch noch § 34 StGB bemüht werden muß<sup>416</sup>.

- 160** Soweit die Pflicht zur **Wahrheit** mit einer Pflicht zur Unterlassung der Aufklärung kollidieren könnte, gilt das zur Schweigepflicht Gesagte, sie hat Vorrang.
- 161** Eine **ausdrückliche** positiv-rechtliche Regelung fehlt. Für indirekte, die Wahrheitspflicht des Verteidigers eventuell betreffende Regeln gibt es mehrere Anknüpfungspunkte:
- 162** Der Vertrag zwischen Verteidiger und Mandant eröffnet über die Vorschriften der §§ 134, 138 und 276 BGB Möglichkeiten, den **Verteidiger zu binden**. Gesetzliche Verbote gemäß § 134 BGB sind vor allem die einschlägigen Strafgesetze (z. B. §§ 153 ff, 263, 267 ff, 186 ff und 130 Nr. 3 StGB, nicht aber die §§ 112 ff mit rechtlichen Folgen für Verdunklung und Flucht<sup>417</sup>).
- 163** Nicht anzuerkennen sind **Mitwirkungspflichten** des Verteidigers an einem geordneten Ablauf des Verfahrens jedenfalls dann nicht, wenn dies zu Lasten wirksamer vertraglicher Pflichten gegenüber dem Mandanten gehen würde<sup>418</sup>. In der Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs<sup>419</sup> heißt es allerdings, daß ein Verteidiger den Angeklagten in der Hauptverhandlung keineswegs nach Belieben schalten und walten lassen dürfe. Ihn treffe eine Pflicht, mit dafür Sorge zu tragen, daß das Verfahren sachdienlich und in prozessual geordneten Bahnen durchgeführt werde. Hierbei sollen die Mitwirkungspflichten des Verteidigers so weit gehen, daß ab einer bestimmten Zahl von Beweis-anträgen<sup>420</sup> das Gericht dem Angeklagten aufgeben dürfe, in Zukunft Beweisanträge nur noch über seinen Verteidiger zu stellen. Zur Begründung wird vor allem auf die Gefährdung der rechtsstaatlich geforderten effektiven Förderung eines Strafverfahrens abgestellt. Der Verteidiger ist jedoch **nicht Mitgarant** eines justizförmigen Verfahrens<sup>421</sup>, sondern **Vertragspartner** des Mandanten. Eine allgemeine Garantenstellung für Wahrheit, Gerechtigkeit oder die Effektivität des Strafprozesses kann auch nicht aus dem „Wesen der Verteidigung“<sup>422</sup> herausgelesen werden.
- 164** Eine andere Frage betrifft die sog. **Widerspruchslösung**, nach der die Verletzung bestimmter Beweiserhebungsverbote (§§ 163a Abs. 4 S. 2 in Verb. mit 136 Abs. 1 S. 2) geheilt werden kann, wenn der Verteidiger bei Einführung einer Aussage des Mandanten nicht bis zum Zeitpunkt der nach § 257 abzugebenen Erklärung widerspricht<sup>423</sup>. Das gleiche soll für die auf sachwidrige Einengung der Beweisbehauptung gestützte Revision

<sup>416</sup> *Kalsbach* Über die Schweigepflicht und das Offenbarungsrecht des Rechtsanwalts, AnwBl. 1955 41 ff; *Ackermann* Zur Verschwiegenheitspflicht des Rechtsanwalts in Strafsachen, in: FS DJT Bd. 1 (1960) 479 ff.

<sup>417</sup> So aber *Paeffgen* Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des Untersuchungshaft-Rechts (1980) 87 ff; ferner: *Stumpf* 135.

<sup>418</sup> Die Nichtentbindung des Verteidigers von der Schweigepflicht darf deshalb nicht zu Lasten des Angeklagten verwertet werden. BGH StV 2000 293.

<sup>419</sup> BGHSt 38 115. Zust. *Malmendier* NJW 1997 229; *Niemöller* StV 1996 506; *Berg* DRiZ 1994 382; *Maatz* NStZ 1992 517; *Pfeiffer*<sup>3</sup> Vor § 137, 1; *Klein-knecht/Meyer-Goßner*<sup>45</sup> Vor § 137, 1.

<sup>420</sup> Statistische Angaben in der Information des Bundesministeriums der Justiz – Recht 1999 Nr. 5 S. 49 ff (50 f).

<sup>421</sup> *Scheffler* GA 1996 45; *Hamm* NJW 1993 296 f; *Barton* 164. Bedenken auch bei *KK-Herdegen*<sup>4</sup> § 244, 68; *Dahs* FS Odersky 331; diff. *Widmaier* NStZ 1996 446.

<sup>422</sup> So aber v. *Stetten* StV 1995 609.

<sup>423</sup> Seit BGHSt 38 225 f; 42 22 mit Zustimmung bei *Maatz* NStZ 1992 518. Gründliche Behandlung des Problems bei *Dudel* Das Widerspruchserfordernis bei Beweisverboten (1999) und *Florian Ufer* Der Verwertungswiderspruch in Theorie und Praxis (2002); s. ferner die erschöpfenden Nachw. bei *Wolter* Beweisverbote und Umgehungsverbote zwischen Wahrheitserforschung und Ausforschung, FG Bundesgerichtshof IV 963 (989); s. auch *Velten* FS Grünwald (1999) 753; Krit. *Dahs* StraFo. 1998 258; *Roxin* JZ 1997 346; *Ventzke* StV 1997 547 ff; *Hamm* NJW 1996 2188 f.

gelten, wenn der Verteidiger eine entsprechende Beanstandung nicht schon in der Hauptverhandlung vorgetragen hat<sup>423a</sup>.

Auch die Existenz einer allgemeinen **Mißbrauchs- oder Obstruktionsklausel**, die den Freiraum der Verteidigung beschränkt, ist nicht anzuerkennen. Zwar sieht der überwiegende Teil des Schrifttums<sup>424</sup> für den Fall, daß ein Verfahrensbeteiligter – auch der Verteidiger – die ihm durch die StPO eingeräumten Rechte dazu benutzt, nur verfahrensfremde oder -widrige Zwecke zu verfolgen, die Voraussetzungen rechtsmißbräuchlichen Verhaltens – jedenfalls für **Extremfälle**<sup>425</sup>, was immer darunter auch verstanden werden soll – erfüllt. Das Motiv des Mißbrauchs mache die Prozeßhandlungen unzulässig, da kein anerkanntes Rechtsschutzbedürfnis gegeben sei<sup>426</sup>. Hier ist indessen vor dem „Mißbrauch mit dem Mißbrauch“ zu warnen<sup>427</sup>. Auch der Umkehrschluß aus den positivierten Mißbrauchstatbeständen in §§ 26a Abs. 1 Nr. 3, 138a Abs. 1 Nr. 2, 231a, 241 Abs. 1 und 2, 244 Abs. 3, 245 Abs. 2 S. 2 und § 266 läßt kaum einen Auslegungsspielraum<sup>428</sup>.

Bei den **Strafgesetzen** ist wie bei den *Rechten* des Verteidigers zu unterscheiden:

Aus den **auch den Beschuldigten** treffenden Strafgesetzen ergibt sich, daß die Wahrheitspflicht des Verteidigers in dem Maße gilt, wie ihm z. B. Betrug, falsche Aussage, Urkundenfälschung<sup>429</sup>, Beleidigung<sup>430</sup> oder Nötigung<sup>431</sup> verboten sind<sup>432</sup>; allerdings ist dieser Tatbestand nicht ohne weiteres schon erfüllt, wenn der Verteidiger das Gericht terminlich unter Druck setzt, mindestens fehlt dann die Verwerflichkeit gemäß § 240 Abs. 2 StGB.

165

166

167

<sup>423a</sup> BGH StV 2001 436 mit weit. Nachw.

<sup>424</sup> Überblick und begriffliche Klärungen bei LR-Rieß Einl J 34 ff; Kröpil JA 1998 680; ZRP 1997 10; JR 1997 315 f; Stankewitz FS Schlüchter 37; Niemöller StV 1996 505; Basdorf StV 1995 316; Kintzi DRiZ 1994 327; Berg DRiZ 1994 382; Maatz NStZ 1992 514; KK-Herdeggen<sup>4</sup> § 244, 68; Kleinknecht/Meyer-Goßner<sup>45</sup> Einl. 111; Deckers AnwBl. 1981 316; Herzog Die Stellung zum Beweisanztragsrecht als Indikator autokratischer und korporatistischer Vorstellungen vom Strafverfahren, StV 1994 166; Kempf StV 1996 684; Jahn ZRP 1998 103; Kropil ZRP 1997 9; DRiZ 1996 448, JR 1997 315; Malmendier NJW 1997 227; Niemöller StV 1996 501; Rüping JZ 1997 865; Weiß AnwBl. 1981 321; Barton StV 1996 690; Dahs Faires Verfahren und Effektivität im Strafprozeß NJW 1992 2865; Kempf StV 1997 208; ter Veen Zu den Gründen (über)langer Verfahrensdauer in Strafsachen, StV 1997 374; Kühne Rechtsmißbrauch des Strafverteidigers, NJW 1998 3027; Jahn NStZ 1998 389; LG Wiesbaden StV 1995 239 mit abl. Anm. Asbrock; ebenfalls krit. Kleinknecht/Meyer-Goßner<sup>45</sup> Vor 137, 3 und Kempf FS Frieberthäuser 83; OLG Nürnberg StV 1995 287 mit Anm. Barton; Scheffler JR 1993 170; Schulz StV 1991 362; Strate StV 1990 393; Peters FS Dünnebier 53; Lampe JZ 1974 696; Donus 134; Breucker 30.

<sup>425</sup> OLG Hamburg NJW 1998 622; Roxin FS Hanack 20; Kudlich 103 ff, 205; NStZ 1998 5589; JuS 1997 510; Scheffler GA 1996 46; JR 1993 172; Kniemeyer 38 f; Grüner 114.

<sup>426</sup> Krit. Herdeggen NStZ 2000 3; Danckert/Bertheau FS Hanack 36 ff; Krahl GA 1998 342; Jahn ZRP 1998

108; Fischer NStZ 1997 216; Kempf StV 1996 510; Barton StV 1995 290; Mehle StraFo. 1995 2; Hamm NJW 1993 296; Schulz StV 1991 361.

<sup>427</sup> Rüping JZ 1997 869; Jahn NStZ 1998 392 f; Jahn/Schmitz wistra 2001 328. Zu den rechtstheoretischen Grundlagen vgl. Christensen/Kudlich Recht und Mißbrauch des Rechtsmißbrauchs, in: Feldner/Fargó (Hrsg.) Norm und Entscheidung 2000; 189 ff, 211 ff (einschlägige Kasuistik); vgl. auch Knödler Mißbrauch von Rechten, selbstwidersprüchliches Verhalten und Verwirkung im öffentlichen Recht (2000); krit. Schlicht StraFo. 2001 83 ff.

<sup>428</sup> Kühne<sup>5</sup> § 15, 293; NJW 1998 3027; StV 1996 485; Krahl GA 1998 342; Hamm NJW 1993 296.

<sup>429</sup> Auch hier gibt es aber Möglichkeiten tatbestands-einschränkender Auslegung, vgl. BGHSt. 38 345; dazu Otto JZ 2001 437 und oben Rdn. 121 und 137a, s. ferner BGH StV 2000 427; dazu Widmaier FG Bundesgerichtshof IV 1056; Wohlers StV 2001 421.

<sup>430</sup> BayOLG NJW 2000 3079; dazu Wohlers aaO, s. auch OLG Bremen Beschl. vom 26. 8. 1999 – Ss 16/99; s. auch oben Rdn. 115a.

<sup>431</sup> OLG Frankfurt, StV 2001 407 (allerdings mit einer für den beschuldigten Verteidiger großzügigen Handhabung des § 240 Abs. 2 StGB); vgl. auch Wohlers aaO; ferner BGH, StV 2001 108; sowie bereits Donus 133; Dahs NJW 1975 1390. s. auch Rdn. 114.

<sup>432</sup> Zur Konstruktion vgl. die begriffliche Klärung oben Rdn. 137.

- 168** Bei den **Beschuldigten nicht** betreffenden Strafgesetzen ist für den Verteidiger praktisch nur § 258 StGB relevant. Unter der Voraussetzung, daß der Beschuldigte keine Wahrheitspflicht hat, ist im Anschluß an Rdn. 129 ff festzuhalten, daß **unwahre Behauptungen** des Verteidigers, die sich als Alleintäterschaft oder mittelbare Täterschaft darstellen, prinzipiell nach § 258 StGB strafbar sind (vgl. aber auch hier den Hinweis Rdn. 135 am Ende), Teilnahme in bezug auf unwahre Behauptungen durch den Beschuldigten und als „Mittäterschaft“ zu klassifizierendes Zusammenwirken mit dem eigenverantwortlich unwahre Behauptungen aufstellenden Beschuldigten dagegen straflos bleiben.
- 169** Es ist allerdings **umstritten**, ob der **Beschuldigte** eine Wahrheitspflicht hat. Dagegen spricht, daß eine ausdrückliche Gebotsnorm insofern fehlt, und daß auch Sanktionsnormen, aus denen indirekt eine solche Gebotsnorm hervorgehen könnte<sup>433</sup>, fehlen<sup>434, 435</sup>. Keineswegs ist mit der Entscheidung, daß der Verteidiger nur in engen Grenzen nach § 258 StGB strafrechtlich haftet, auch die Entscheidung über das pro und contra seiner Wahrheitspflicht präjudiziert. Nicht alles, was strafprozessual oder berufsrechtlich unzulässig sein könnte, muß zur Strafbarkeit führen. Hier sind die Unrechtsgrade auseinander halten. Das heißt, sogar die Lüge des Verteidigers, die *unter* der Marge des für die Haftung nach § 258 StGB erforderlichen Grades der Täterschaft bleibt, kann berufsrechtlich unzulässig sein<sup>436</sup>. Daß es im übrigen für den Verteidiger und den Beschuldigten auch nicht zweckmäßig ist, wenn der Verteidiger aktiv die Unwahrheit behauptet, sei nur noch am Rande vermerkt. Aber es bleibt dabei, daß er insoweit nicht der Patronisierung durch ein entsprechendes **Strafrecht** bedarf.
- 170** Die Frage nach der **Wahrheitspflicht** des **Verteidigers** ist also nicht einheitlich zu beantworten. Jedenfalls ist in der Berufsordnung vom 10.12.1996<sup>437</sup> die Wahrheitspflicht nicht ausdrücklich normiert. Bei den Vorbereitungen für die Neuregelung ist zwar daran gedacht worden. Denn in dem Diskussionsvorschlag einer Berufsordnung für Rechtsanwälte, den der Ausschuß Berufsordnung der BRAK vorgelegt hat<sup>438</sup>, ist in § 1 (Gewissenhaftigkeit) Abs. 4 ausdrücklich gesagt: „Er (scil. der Rechtsanwalt) darf Tatsachenbehauptungen weder aufstellen noch verbreiten, deren Unrichtigkeit er kennt“. Aber der Strafrechtsausschuß des DAV hat offenbar eine Regelung nicht gewollt – unter Hinweis auf insoweit als ausreichend erachtete Vorschriften wie § 258 StGB (damit wird freilich ein verzweifelter Zirkel begründet) und § 43 BRAO a. F.<sup>439</sup>. Dies wird, soweit die Wahrheitspflicht aus der Stellung des Verteidigers als Organ der Rechtspflege abgeleitet wird<sup>440</sup>, verkannt (abgesehen von den Zweifeln, die gegenüber dieser Position grundsätzlich angebracht sind, s. oben Rdn. 91 ff). In der Tat findet sich im Rahmen des

<sup>433</sup> Auch § 46 Abs. 2 StGB scheidet aus: wahrheitsorientiertes Verhalten im Prozeß (Geständnis) fällt nicht unter „Verhalten nach der Tat“; keine Legitimation ist natürlich die insofern abweichende Praxis.

<sup>434</sup> Daß es auf die Sanktionsbewehrtheit nicht ankommt, wird mit Blick auf die Existenz von *leges imperfectae* gelegentlich für die Wahrheitspflicht des Beschuldigten ins Feld geführt; das Argument kann aber den primären Nachweis der Wahrheitspflicht des Beschuldigten nicht ersetzen.

<sup>435</sup> Im Erg. ebenso: LR-*Hanack* § 136, 41 (Der Beschuldigte „darf sich, wenn er damit gegen kein Strafgesetz verstößt, für die Lüge entscheiden, darf mit ihr ‚sich verteidigen‘). Daraus folgert *Hanack*

gleichwohl kein Recht zur Lüge (vgl. auch oben Rdn. 133c, Fußn. 347 mit weit. Nachw. zum Streitstand).

<sup>436</sup> *Lüderssen* StV 1999 539.

<sup>437</sup> Vgl. zur allg. Orientierung *Johnigk* und oben Rdn. 133e ff.

<sup>438</sup> BRAK-Mitt. 1/1995.

<sup>439</sup> *JungferlKrekeler* AnwBl. 1989 469.

<sup>440</sup> Dies ist der Standpunkt der höchstrichterlichen Rspr., vgl. zuletzt BGH NStZ 1999 424, mit Nachw. der vorausgehenden Rspr.; *Hammerstein* NStZ 1997 13; *Dornach* NStZ 1995 60; KK-*Laufhütte*<sup>4</sup> Vor § 137, 4; *TröndelFischer*<sup>49</sup> § 258, 7; *Peters*<sup>4</sup> 213; *Schlüchter*<sup>2</sup> 102.



Sachlichkeitsgebots in § 43a Abs. 3 BRAO n. F. immerhin eine entsprechende Vorschrift. Wiederum fällt aber auf, daß in § 2 Abs. 4 der Berufsordnung zwar § 43a Abs. 2 (Verschwiegenheitspflicht) BRAO in Bezug genommen wird, nicht aber § 43a Abs. 3 BRAO. Hinzu kommt, daß *diese* Vorschrift von der bewußten Verbreitung von Unwahrheiten spricht. Bezogen auf die Probleme, die ein unwahrer Tatsachenvortrag bei Gericht aufwirft, ist diese Wendung eigentlich nicht ganz auf der Höhe. Die Kommentierungen sprechen allerdings an dieser Stelle vom „Verbot der Lüge“ und verstehen darunter nicht nur ein „Verbreiten“ von Unwahrheiten, sondern jede unwahre Behauptung<sup>441</sup>. Überzeugend ist das aber nicht<sup>442</sup>. Die Diskussion der Problematik leidet im übrigen darunter, daß unter dem Stichwort Wahrheitspflicht häufig generell die Grenzen der Parteilichkeit des Verteidigers abgehandelt werden<sup>443</sup>. Eine Übersicht der Meinungen ist daher immer noch schwer zu gewinnen<sup>444</sup>. Unter den für einschlägig erachteten Äußerungen müßten zunächst die wirklich spezifisch auf das Thema bezogenen aussortiert und diese dann jeweils daraufhin geprüft werden, wie sich die Tatherrschaft auf Beschuldigten und Verteidiger verteilt (Einzelheiten § 138a, 39 ff).

Ein Aspekt der Wahrheitspflicht *könnte* auch sein, daß der Verteidiger verpflichtet sei, nur von ihm für richtig gehaltene Rechtsansichten vorzutragen. Hier scheint aber wenig Handlungsbedarf zu bestehen und die Toleranz unbegrenzt zu sein<sup>445</sup>, weil es nicht um Tatsachen geht. 170a

b) Die Folgen der Pflichtverletzungen des Verteidigers sind die gleichen wie beim Fehlen oder Überschreiten eines Rechts (s. oben Rdn. 158)<sup>446</sup>. 171

### III. Rechtsbehelfe

Für Rechtsbehelfe im Falle der Verletzung der Vorschriften über die Befugnisse des Beschuldigten, Verteidiger zu wählen bzw. der Vorschriften über Bestellung und Abberufung von Pflichtverteidigern oder der Vorschriften über die Anwesenheit des Verteidigers gilt folgendes: 172

#### 1. Beschwerde

Sofern es sich um Verfahrensfehler handelt, die auf gerichtlichen Beschlüssen oder Verfügungen des Vorsitzenden beruhen, sind sie im Prinzip durch die Ausschlußregelung des § 305 der Beschwerde gemäß § 304 entzogen. Mit Blick auf Verstöße im Rahmen der Bestellung und Abberufung von **Pflichtverteidigern** ist die Entwicklung in Rechtsprechung und Literatur darüber indessen hinweggegangen<sup>447</sup>. Was Verstöße gegen 173

<sup>441</sup> *Feuerich/Braun*<sup>4</sup> § 43a, 38.

<sup>442</sup> S. bereits *Lüderssen* StV 1999 538 f und *Salditt* (Wahrheit) 5/6, im Erg. ebenso *Hussemer* in: (Formularbuch<sup>4</sup>) 4 und – allerdings skeptisch in bezug auf die Aussagekraft des Berufsrecht – *G. Wolf* 299 ff.

<sup>443</sup> Signifikant *Botke* ZStW 96 (1984) 726 ff; *G. Wolf* (184 ff, 192 ff) trennt Wahrheitspflicht (die den Verteidiger nicht trifft) und Lügeverbot (das für den Verteidiger gilt). Er folgt dabei der Logik der Unterscheidung von Tun und Unterlassen. Aber das ist problematisch, denn man kann auch durch Unterlassen lügen. Subtile Erörterung der Probleme bei *Krekeler* FS Friebertshäuser 59 ff.

<sup>444</sup> Das beruht nicht zuletzt auf Schwankungen im Selbstverständnis der Anwaltschaft (hierzu jetzt aber klärend: *Salditt* (2001) 150 f.

<sup>445</sup> So schon ganz eindeutig v. *Liszt* DJZ 1901 179 (wiederabgedruckt in StV 2001 137).

<sup>446</sup> Zur Verteidigung in besonderen Verfahrensabschnitten (Ermittlungsverfahren, Hauptverfahren, Rechtsmittel, insbesondere Revision, Vollstreckung, Vollzug) und besonderen Verfahrensarten, s. § 137, 11 ff; 141, 28 ff.

<sup>447</sup> Vgl. § 141, 48 ff.

§ 137 angeht, so wird von einem selbständigen Beschwerderecht noch nicht gesprochen, obwohl die zunehmende Bedeutung der Rechtsprechung zum Recht des Beschuldigten auf rechtzeitige Verteidigerkonsultation das nahelegen würde<sup>448</sup>.

- 174**    **2. Antrag auf gerichtliche Entscheidung.** Dieser Fall ist jetzt in § 147 Abs. 5 S. 2 vorgesehen<sup>449</sup>.
- 175**    **3. Berufung.** Hier gilt nichts besonderes. Allerdings ist darauf hinzuweisen, daß ein in **Abwesenheit** des Verteidigers ausgesprochener **Rechtsmittelverzicht** des Abgeklagten im Fall der notwendigen Verteidigung unwirksam ist, und die Berufung deshalb nicht als unzulässig abgewiesen werden darf<sup>450</sup>.
- 4. Revision**
- 176**    **a) Absolute Revisionsgründe.** Hier ist zunächst § 338 Nr. 5 einschlägig, wobei die Frage der **Anwesenheit** des Verteidigers sich auch stellt, wenn der präsenste Verteidiger nicht derjenige ist, auf den der Beschuldigte Anspruch hat<sup>451</sup>, sodann § 338 Nr. 8<sup>452</sup>.
- 177**    **b) Relative Revisionsgründe.** Hier geht es im wesentlichen um die Beruhensfrage. Besonders hinzuweisen ist auf neuere Entwicklungen im Bereich der **Belehrungspflichten**, deren Verletzung zu Verwertungsverboten führen kann, mit der Folge, daß die Beruhensfrage leichter und eindeutiger zu beantworten ist<sup>453</sup>. Weitere Fälle der Revision sind bei den einzelnen Vorschriften behandelt.
- 178**    **5. Rechtsmittel im Falle des Ausschlusses eines Verteidigers.** Diese Frage ist speziell geregelt<sup>454</sup>. Wegen der noch nicht geklärten Abgrenzung zur Befugnis des Gerichtes, den **Pflichtverteidiger abzuverufen**<sup>455</sup>, gibt es hier auch Probleme der Konkurrenz mit den bereits genannten Beschwerdemöglichkeiten.
- 179**    **6. Verwirkungen (mit Blick auf den jeweiligen Wegfall der Beschwer)** Noch nicht hinreichend geklärt ist, was aus der Unterlassung einer **Beanstandung** gemäß § 238 Abs. 2 folgt<sup>456</sup>; das gleiche gilt in bezug auf die „**Widerspruchslösung**“ im Falle der Verletzung eines Beweiserhebungs- oder verwertungsverbotes<sup>457</sup>.

## § 137

**(1) <sup>1</sup>Der Beschuldigte kann sich in jeder Lage des Verfahrens des Beistandes eines Verteidigers bedienen. <sup>2</sup>Die Zahl der gewählten Verteidiger darf drei nicht übersteigen.**

**(2) <sup>1</sup>Hat der Beschuldigte einen gesetzlichen Vertreter, so kann auch dieser selbständig einen Verteidiger wählen. <sup>2</sup>Absatz 1 Satz 2 gilt entsprechend.**

<sup>448</sup> S. im übrigen die Rspr. zur Beschwerde gegen Nichtverlegung eines mit dem Verteidiger nicht angesprochenen Hauptverhandlungstermins, zuletzt: OLG Frankfurt StV 2001 157 mit zahlreichen Belegen über den Streitstand.

<sup>449</sup> S. § 147, 158 ff.

<sup>450</sup> S. § 137, 74b.

<sup>451</sup> Vgl. Lüderssen NSStZ 2001, 606.

<sup>452</sup> LR-Hanack, § 338, 125 f (str., ob das ein absoluter Revisionsgrund ist).

<sup>453</sup> Vgl. dazu im einzelnen § 137 Rdn. 78 ff.

<sup>454</sup> Vgl. § 138d, 24.

<sup>455</sup> Vgl. § 143, 8.

<sup>456</sup> LR-Gollwitzer § 238, 43 ff.

<sup>457</sup> Oben Rdn. 164.

**Schrifttum.** *P.-A. Albrecht/Stern* Verteidigung in Jugendstrafsachen, StV 1988 410; *Beck/Berr* OWi-Sachen im Straßenverkehrsrecht<sup>3</sup> (1999); *Bohlander* Verteidigernotdienst im strafprozessualen Ermittlungsverfahren (1992); *Bockemühl* Private Ermittlungen im Strafprozeß (1996); *Bringewat* Der „Verdächtige“ als schweigeberechtigte Auskunftsperson? JZ 1981 289; Bundesministerium der Justiz (Hrsg.) Verteidigung in Jugendstrafsachen (1987); *DAV-Forum*: Reform des Ermittlungsverfahrens, AnwBl. 1986 49; *Decker* Verteidigung in Haftsachen, NJW 1994 2261; *Ernesti* Grenzen anwaltlicher Interessenvertretung im Ermittlungsverfahren, JR 1982 221; *Fuchs* Der Verteidiger im Jugendstrafverfahren (1992); *Geiter* Verteidigung in Jugend(straf)sachen, MSchrKrim 70 (1987) 361; *Hamm* Rechtsbehelfe im Ermittlungsverfahren, AnwBl. 1986 66; *Hamm* Die Verteidigungsschrift im Verfahren bis zur Hauptverhandlung, StV 1982 490; *Heghmanns* Verteidigung in Strafvollstreckung und Strafvollzug (2001); *Heubel* Die Verschiebung der Hauptverhandlung wegen Verspätung des Verteidigers, NJW 1981 2678; *Jahn* „Konfliktverteidigung“ und Inquisitionsmaxime (1998); *Dietmar Krause* Einzelfragen zum Anwesenheitsrechts des Verteidigers im Strafverfahren, StV 1984 173; *Kamann* Mehr Soll als Haben; der Einfluß der Strafverteidigung auf die Gestaltung des Ermittlungsverfahrens unter besonderer Berücksichtigung des Sachverständigenbeweises, AnwBl. 1986 62; *Lappe* Kann ein verfahrensfähiger Minderjähriger selbst einen Anwalt bestellen? Rpfleger 1982 10; *Laubenstein* Verteidigung im Strafvollzug, Diss. Frankfurt/M 1984; *Litwinski* Strafverteidigung im Strafvollzug, Diss. Kiel 1986; *Litwinski/Bublies* Strafverteidigung im Strafvollzug 1989; *Malek* Verteidigung in der Hauptverhandlung<sup>3</sup> (1999); *Marxen* Tonaufnahmen während der Hauptverhandlung für Zwecke der Verteidigung, NJW 1977 2188; *Egon Müller* Bemerkungen zu den Grundlagen der Reform des Ermittlungsverfahrens, AnwBl. 1986 50; *Egon Müller* Strafverteidigung, NJW 1981 1801; *Müller-Dietz* Aufgaben und Möglichkeiten der Verteidigung im Strafvollzug, StV 1982 83; *Nelles* Der Einfluß der Verteidigung auf Beweiserhebungen im Ermittlungsverfahren, StV 1986 74; *Nilgens* Die Verpflichtung des RA zu eigener Information, Diss. Saarbrücken 1993; *Ostendorf* Die Pflichtverteidigung im Jugendstrafverfahren, StV 1986 308; *Ostendorf* Rezension zu S. Fuchs, Der Verteidiger in Jugendstrafverfahren, StV 1994 53; *Rieß* Der Verteidiger als Garant verfahrensrechtlicher Garantien gegenüber dem Erziehungsauftrag des Jugendstrafverfahrens, in: Verteidigung in Jugendstrafsachen (Eine Dokumentation des Bundesministeriums der Justiz 1987) 40; *Rückel* Handlungsmöglichkeiten des Strafverteidigers im Haftverfahren, StV 1985 36; *Rückel* Die Notwendigkeit eigener Ermittlungen des Strafverteidigers, FS Peters II 265; *Schaefer* Zum Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei polizeilicher Vernehmung des Beschuldigten, MDR 1977 980; *Schlothauer* Vorbereitung der Hauptverhandlung<sup>2</sup> (1998); *Schöch* Der Einfluß der Strafverteidigung auf den Verlauf der Untersuchungshaft (1997); *Schöch* Kurze Untersuchungshaft durch frühe Strafverteidigung? StV 1997 323; *Schrepfer* Die Anwesenheit des Verteidigers bei der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung (2001); *Sommer* Maßnahmen des Strafverteidigers in der Hauptverhandlung, ZAP Nr. 8 vom 20.4.94; *Semran u. a.* Verteidigung junger Beschuldigter aus der Sicht von Rechtsanwältinnen, MSchrKrim 78 34; *Stern* Zur Verteidigung des Verurteilten in der Wiederaufnahme, NStZ 1993 409; *Stratel/Venzke* Unbeachtlichkeit der Verletzung des § 137 Abs. 1 S. 1 StPO im Ermittlungsverfahren, StV 1986 30; *Thomas* Erweiterte Teilhaberechte der Verteidigung im reformierten Ermittlungsverfahren, AnwBl. 1986 56; *Ulrich* Handlungsmöglichkeiten des Strafverteidigers im Haftverfahren? StV 1986 268; *Vehling* Die Funktionen des Verteidigers im Strafverfahren, StV 1992 86; *Volckart* Verteidigung in der Strafvollstreckung und im Vollzug<sup>3</sup> (2001); *Walter* Stellung und Bedeutung des Strafverteidigers in jugendkriminalrechtlichen Verfahren, NStZ 1987 481; *Walter* (Hrsg.) Strafverteidigung für junge Beschuldigte (1997); *Weihrauch* Verteidigung im Ermittlungsverfahren<sup>3</sup> (1998); *Zaczyk* Das Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei richterlicher Vernehmung im Ermittlungsverfahren (§ 168c StPO), NStZ 1987 535; *Zieger* Verteidigung in Jugendstrafsachen<sup>3</sup> (1998).

Übersicht

	Rdn.		Rdn.
<b>I. Entstehungsgeschichte</b> . . . . .	1	3. Zur Realisierbarkeit der Wahlfreiheit . . .	65
<b>II. Verfassungsrechtliche Bedeutung</b> . . . . .	2	a) Der „erste Zugriff“ . . . . .	66
<b>III. Grundsatz der freien Verteidigerwahl</b> <b>(Abs. 1 S. 1; Abs. 2 S. 1)</b>		b) Anwesenheit des Verteidigers bei polizeilicher Vernehmung des nicht in Freiheit befindlichen Beschuldigten . . .	73
1. Wahl durch den Beschuldigten (Abs. 1 S. 1) . . . . .	3	c) Anwesenheit des Verteidigers während staatsanwaltschaftlicher Vernehmungen des Beschuldigten . . .	74a
a) Beschuldigter . . . . .	4	d) Anwesenheit des Verteidigers während der Hauptverhandlung . . .	74b
b) Wahlverteidiger . . . . .	5	e) Der Beschuldigte im Strafvollzug . . .	75
c) Beistand . . . . .	6	4. Wahl durch den Vertreter (Abs. 2 S. 1) . .	76
d) Bedienen . . . . .	12	5. Mögliche Folgen eines Verstosses gegen § 137 Abs. 1 S. 1 . . . . .	78
e) „In jeder Lage des Verfahrens“ . . . .	13	<b>IV. Grenzen der freien Verteidigerwahl</b> <b>(Abs. 1 S. 2; Abs. 2 S. 2)</b> . . . . .	79
aa) Stadien des Verfahrens . . . . .	14	<b>V. Ende der Wahlverteidigung</b> . . . . .	84
bb) Besondere Verfahrensarten . . . .	51		
2. Andere Auftraggeber eines Rechts- anwaltes im Strafverfahren . . . . .	59		
a) Der Verletzte . . . . .	59		
b) Zeugen . . . . .	64		

**I. Entstehungsgeschichte**

1 Der Wortlaut von Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 S. 1 ist bis heute in seiner ursprünglichen Fassung verblieben. Bemerkenswert sind aber vielleicht der Entwurf 1919 und der Vor-entwurf 1936, die den Versuch einer Definition der Aufgaben des Verteidigers enthalten<sup>1</sup>. Durch das 1. StVRErgG wurden Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 S. 2 eingefügt.

**II. Verfassungsrechtliche Bedeutung**

2 § 137 enthält den **verfassungsrechtlich** verbürgten Anspruch des Beschuldigten, sich im Strafverfahren von einem Verteidiger seiner Wahl und seines Vertrauens verteidigen zu lassen<sup>2</sup>. Die „§§ 137 Abs. 1 S. 1, 138 Abs. 1 verwirklichen insoweit das Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes im Strafverfahren“<sup>3</sup> und sind Ausdruck des Rechts auf ein faires Verfahren<sup>4</sup>. Insoweit kann § 137 als Konkretisierung des Art. 6 Abs. 3 Buchst. c 2. Hs. EMRK begriffen werden<sup>5</sup>. Der in § 137 niedergelegte Grundsatz der freien Anwaltswahl bedeutet gleichzeitig den Schutz der Vertrauensbeziehung zwischen Verteidiger und Mandant<sup>6</sup>. Dies erlangt Bedeutung bei der gerichtlichen Entscheidung über die die wegen der Verhinderung des Verteidigers zu veranlassende Terminsbestimmung, Terminsverlegung und Aussetzung der Hauptverhandlung<sup>7</sup>. § 137 gilt in jeder Lage des Verfahrens<sup>8</sup>, so auch im **Ermittlungsverfahren** (vgl. §§ 136 Abs. 1 S. 2, 163a Abs. 3 S. 2,

<sup>1</sup> Rieß, in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.) 41.  
<sup>2</sup> BVerfGE 39 136; BVerfGE 39 243; BVerfGE 66 139; *Kleinknecht/Meyer-Goßner*<sup>45</sup> 2; *Pfeiffer*<sup>3</sup> 1.  
<sup>3</sup> BVerfGE 66 139.  
<sup>4</sup> BVerfGE 68 255; BVerfG NJW 1984 862; *Kleinknecht/Meyer-Goßner*<sup>45</sup> 2.  
<sup>5</sup> Vgl. *Kühne*<sup>5</sup> 165; BVerfG NJW 1984 2403 mit weit. Nachw.; *Gusy* Grundrechtsschutz der Strafverteidigung, AnwBl. 1984 225, 226; *HK-Julius*<sup>3</sup> 1.

<sup>6</sup> Vgl. *Gusy* AnwBl. 1984 226.  
<sup>7</sup> Vgl. BGH StV 1989 89; BGH, Beschl. vom 6.12.2000 – StR 492/00.  
<sup>8</sup> Dazu *Hammerstein* FS Salger 293.

Abs. 4 S. 2) und auch noch nach **Rechtskraft** des Urteils, so im **Strafvollstreckungs-, Wiederaufnahme- oder Gnadenverfahren**<sup>9</sup>. Für das Privatklageverfahren gilt § 387 Abs. 1. Die Verwirklichung der in § 137 verbürgten Garantie ist davon abhängig, wann die Strafverfolgungsbehörden den Beschuldigten über die Einleitung eines Verfahrens unterrichten. Bei verfassungskonformer Auslegung muß § 137 somit dahin ergänzt werden, daß der Beschuldigte zum frühesten Zeitpunkt über den gegen ihn bestehenden Verdacht und die ihm zustehenden Verteidigungsrechte (§§ 163a Abs. 4, 136 Abs. 1) informiert wird<sup>10</sup>.

### III. Grundsatz der freien Verteidigerwahl (Abs. 1 S. 1; Abs. 2 S. 1)

**1. Wahl durch den Beschuldigten (Abs. 1 S. 1).** Dies ist die **Ausgangsposition** im Abschnitt „Verteidigung“. Deren wesentliche Prinzipien sind in **Begriffen** festgehalten, die eine den Sprachgebrauch, die Geschichte und den Zweck der Vorschrift beachtende Dogmatik ohne weiteres zu ihren einzelnen Konsequenzen entwickeln kann.

**a) Beschuldigter.** Das ist, wer sich gegenüber einer staatlichen Strafverfolgungsbehörde objektiv in einer Situation befindet, die für ihn die Gefahr der Selbstbelastung mit sich bringt. Dieser Gefahr darf jedermann sofort entgegenreten<sup>11</sup>. Dazu paßt schlecht, daß von einem Beschuldigten erst gesprochen werden soll, wenn ein „**finaler Verfolgungsakt**“ registriert werden kann<sup>12</sup>. De lege lata richtig ist daher – entgegen der an anderen Stellen dieses Kommentars vertretenen Auffassung<sup>13</sup> – die materielle oder objektive Beschuldigten-Theorie<sup>14</sup>; daß es dem Gesetzgeber freisteht, diese Rechtslage – Reformvorschlägen<sup>15</sup> folgend – zu ändern, ist eine andere Frage.

**b) Wahlverteidiger.** Bei einer **Anwaltssozietät** werden durch die Bevollmächtigung alle Mitglieder Verteidiger<sup>16</sup>. Jedoch ist die Beschränkung der Vollmacht auf ein Mitglied möglich<sup>17</sup>. Umgekehrt beweist das Vorliegen einer unbeschränkten Vollmacht allein noch nicht, daß alle Mitglieder der Sozietät die Verteidigung übernommen haben<sup>18</sup>. Es dürfen aber nicht mehr als drei Mitglieder die Wahl durch eine Erklärung oder durch ein entsprechendes Verhalten angenommen haben<sup>19</sup>. Von mehreren Verteidigern muß bei Vorliegen des § 218 S. 1 jeder einzelne geladen werden<sup>20</sup>. Anders kann es sein, wenn die Verteidiger gemeinsam einer Sozietät angehören<sup>21</sup>. Im übrigen ist diese Frage im einzelnen durch § 138 geregelt.

<sup>9</sup> Kleinknecht/Meyer-Göbner<sup>45</sup> 3.

<sup>10</sup> So HK-Julius<sup>3</sup> 2; Dahn NJW 1985 1115; Hammerstein FS Salger 295 und Frister StV 1998 159 zu Art. 6 Abs. 3 Buchst. a EMRK.

<sup>11</sup> Bringewat JZ 1981 294.

<sup>12</sup> SK-Rogall Vor § 133, 31 Formale oder subjektive „Beschuldigten-Theorie“, s. dazu im einzelnen LR-Hanack § 133, 2; 136, 4 ff.

<sup>13</sup> LR-Hanack § 136, 4 ff; LR-Rieß<sup>24</sup> § 163a, 9; vgl. aber auch LR-Rieß<sup>24</sup> § 163a, 10, wo für den Beschuldigtenbegriff des § 137 ein anderer Inhalt für erwägenswert gehalten wird.

<sup>14</sup> Nachw. bei SK-Rogall 29; s. ferner Lüderssen wistra 1983 232; Lüderssen V-Leute. Die Falle im Rechtsstaat (1985) 9, 10.

<sup>15</sup> Egon Müller AnwBl. 1986 51.

<sup>16</sup> BVerfGE 43 91; Pfeiffer<sup>3</sup> 1; Kleinknecht/Meyer-Göbner<sup>45</sup> 6; Weiß NJW 1983 90. Jedoch gilt nicht das Umgekehrte: Beauftragt der Beschuldigte eine Rechtsanwalts-GmbH, so wird nur der konkret für die GmbH gegenüber dem Gericht handelnde Rechtsanwalt persönlicher Verteidiger sein im Sinne der StPO (LG Bonn, Beschl. v. 27. 12. 2000).

<sup>17</sup> BGHSt 40 188.

<sup>18</sup> BVerfGE 43 91; BGHSt 27 127; OLG Hamm MDR 1980 513; OLG Stuttgart Justiz 1984 429.

<sup>19</sup> OLG Hamm MDR 1980 513; OLG Düsseldorf JZ 1976 491; Kleinknecht/Meyer-Göbner<sup>45</sup> 6; Pfeiffer<sup>3</sup> 1; KK-Laufhütte<sup>4</sup> 3.

<sup>20</sup> Pfeiffer<sup>3</sup> 1.

<sup>21</sup> BGH wistra 1995 110; Pfeiffer<sup>3</sup> 1.

- 6 c) **Beistand.** Dieser weite Begriff erfährt durch seinen Bezug zum Verfahren<sup>22</sup> und die funktionale Verknüpfung mit dem Wort „Verteidiger“ eine Begrenzung, nicht aber etwa durch §§ 140 ff; vielmehr ist § 137 auch in dieser Hinsicht eine für die gesamte Verteidigung geltende Generalklausel<sup>23</sup>. Das Verfahren<sup>24</sup> dient der Aufklärung einer Straftat. Ist ein Beschuldigter vorhanden, so geht es um seine Aburteilung (einschließlich der dahin führenden Vorentscheidungen) oder die Einstellung des Verfahrens (mit oder ohne Auflagen). Sich dagegen wehren zu dürfen, macht das Recht des Beschuldigten auf Verteidigung aus<sup>25</sup> und definiert dementsprechend die Rolle des Verteidigers. Nur das, was sich nicht als Mittel zur Erreichung dieses Zwecks darstellt, ist kein Beistand (z. B. Sicherung der Beute, Hilfe bei neuen Straftaten). Weitere Grenzen ergeben sich aus strafbewehrten oder sonstigen Verboten des materiellen Rechts<sup>26</sup> und – anderen – Regeln des Strafprozesses sowie der Vollstreckung und des Vollzugs<sup>27</sup>.
- 7 Beistand ist von der **Vertretung** abzugrenzen<sup>28</sup>.
- 8 Eine **positive** Definition dessen, was Beistand ist, enthält die StPO so wenig, wie eine positive Definition der dem Beschuldigten direkt gestatteten Verteidigung.
- 9 Wohl aber gibt es eine Reihe ausdrücklich fixierter **Gestaltungen**. Soweit sie – das ist die Regel – an die Adresse des Beschuldigten gerichtet sind, konkretisieren sie auch das, was der Beschuldigte insoweit vom Verteidiger als Beistand erwarten darf. Was dem Verteidiger direkt gestattet ist, darf, auch wenn das Gesetz es nicht ausdrücklich sagt, der Beschuldigte – das folgt aus seiner Subjektstellung einerseits, der akzessorischen Stellung des Verteidigers andererseits<sup>29</sup> – von ihm verlangen. Auch insoweit ist also Beistand konkretisiert.
- 10 Aber diese Konkretisierungen sind **nicht als System** begreifbar, sondern – rechtspolitischen Anstößen folgend – nach und nach zusammengekommen. Im Prinzip sind die Vorkehrungen der StPO zur Sicherung der Position des Beschuldigten von seiner Initiative unabhängig gestellt<sup>30</sup> – soweit es sich um die Erforschung der Wahrheit und die gerechte Entscheidung handelt. Die an diesem **Verfahrensziel** nicht notwendig orientierten Interessen des Beschuldigten und damit seines Verteidigers<sup>31</sup> gehen aber weiter. Ihre strafprozessuale Anerkennung ist durch den nemo-tenetur-se-ipsam-accusare-Satz (§§ 136 Abs. 1 S. 2; 115 Abs. 3 S. 1; 163a Abs. 3 S. 2; 243 Abs. 4 S. 1; aber auch: §§ 136 Abs. 2, 115 Abs. 3 S. 3; 243 Abs. 4 S. 2) zwar generell gesichert<sup>32</sup>, aber im einzelnen unterschiedlichen Interpretationen zugänglich.
- 11 Jede dem Beschuldigten (oder damit seinem Verteidiger) **ausdrücklich** gewährte **Handlungskompetenz** stützt also die Subjektstellung des Beschuldigten, auch wenn das Ganze fragmentarisch bleibt. In diesem Sinne sind etwa Normen wie die des § 163a Abs. 2 wichtig, aber erst recht natürlich vor allem das für die Hauptverhandlung geltende Beweisantragsrecht (§ 244 Abs. 3, 4)<sup>33</sup>.

<sup>22</sup> S. dazu unten Rdn. 12.

<sup>23</sup> S. auch Rdn. 76.

<sup>24</sup> Genauer unten Rdn. 12.

<sup>25</sup> SK-Rogall Vor § 133, 95 ff.

<sup>26</sup> S. Vor § 137, 112; § 138a, 25 bis 102, 122 bis 149, allg. dazu auch *Bohlander* Verteidigungsnotdienst im strafprozessualen Ermittlungsverfahren (1992), *Weihrauch* Verteidigung im Ermittlungsverfahren (1998).

<sup>27</sup> § 138a Abs. 1 Nr. 2, s. dort Rdn. 113 bis 126.

<sup>28</sup> Vgl. dazu die Darstellung Vor § 137, 106.

<sup>29</sup> S. Vor § 137, 33 ff.

<sup>30</sup> Allseitige Kognition, § 244 Abs. 2; § 160 Abs. 2, aber auch weitere institutionelle Sicherungen, wie Zwischenverfahren, Einschaltung des Ermittlungsrichters, s. *Nelles* StV 1986 74.

<sup>31</sup> S. Vor § 137, 22 bis 24, 31 bis 32, 78, 159 bis 170a.

<sup>32</sup> LR-Hanack § 136, 21; SK-Rogall Vor § 133, 130 ff.

<sup>33</sup> Im einzelnen sind diese und andere Vorschriften, was ihre Bedeutung für die Verteidigung angeht in Rdn. 13 ff (Verfahren) behandelt.

**d) Bedienen.** Dieses Wort ist der unmißverständliche Hinweis auf die Bindung des Verteidigers an den Willen des Beschuldigten, die rechtlich verbindlich nur durch einen Vertrag zustandekommen kann<sup>34</sup>. 12

**e) In jeder Lage des Verfahrens**<sup>35</sup>. Wichtig ist hier die Unterscheidung nach allgemeinen Stadien und besonderen Arten des Verfahrens. 13

**aa) Stadien des Verfahrens.** Das sind Ermittlungs- (Vor-), Zwischen- und Hauptverfahren, inklusive Rechtsmittel-, Vollstreckungs- und Wiederaufnahmeverfahren. 14

Der Strafprozeß beginnt mit der ersten **Ermittlungshandlung**<sup>36</sup>. Dazu gehören auch alle Ermittlungen, welche die Polizei durchführt; sie handelt dann als Hilfsorgan der Staatsanwaltschaft. 15

**Informatorische Befragung.** „Verdachtsschöpfung“ gehört dazu, auch wenn zweifelhaft erscheint, ob nicht (oder auch sogar nur) präventive Maßnahmen angezeigt sind<sup>37</sup>. Solange noch kein Beschuldigter existiert<sup>38</sup>, ist das freilich für die Anwendung des § 137 Abs. 1 S. 1 noch nicht relevant. „In jeder Lage des Verfahrens“ ist insofern also zu relativieren. Damit steht zugleich fest, daß dieser Teil der Regelung des § 137 Abs. 1 S. 1 insofern überflüssig ist, als aus dem Zusammenspiel der Definition „Beschuldigter“ und „Verfahren“ sich bereits ergibt, daß jede Lage des Verfahrens, insbesondere die allererste „Zugriffssituation“, gemeint ist<sup>39</sup>. Indessen hat jene Wendung auch die Funktion, deutlich zu machen, daß die Entscheidung des Beschuldigten, sich eines Verteidigers zu bedienen, nicht (nur) bedeutet, ein für alle Mal diese Möglichkeit abzurufen, um dann aber keinen weiteren Einfluß zu haben, sondern einen Verteidiger, der eigene, vom Gesetz zugewiesene Rechte hat, für deren vom Beschuldigten unabhängige Wahrnehmung der Vertrag nur der auslösende Faktor ist<sup>40</sup>. Vielmehr ist mit „in jeder Lage des Verfahrens“ klargestellt, daß der Vertrag (gemeint mit „Bedienen“<sup>41</sup>) auch für die einzelnen, sich während des Verfahrens einstellenden Fragen gilt. 16

Im übrigen sind hier aus dem – im Prinzip unbegrenzten – Kreis der möglichen Verteidigeraktivitäten in erster Linie diejenigen zu behandeln, die in der durch **Reformansprüche** aus verschiedenen Richtungen geprägten Diskussion allmählich eine Hervorhebung erfahren haben. Dabei kann die Grenze zu noch nicht durchweg anerkannten, aber – vor allem aus Verteidigersicht geforderten – speziell zu fixierenden Befugnissen des Verteidigers<sup>42</sup> nicht ganz klar gezogen werden. Der gemeinsame Tenor ist, im modernen **Ermittlungsverfahren** werde bereits sehr viel vorentschieden, obwohl die Prozeßsubjektrolle des Beschuldigten noch zu wünschen übriglasse<sup>43</sup>, so daß eine **verstärkte Mitwirkung des** Verteidigers zwingend geboten sei, weil gerade im Stadium des Anfangsverdachts die Weichen für die gesamten Ermittlungen gestellt werden, Ermittlungsfehler im Vorverfahren sich wie auf einer „Rutschbahn“ bis hin zur Wiederaufnahme des Verfahrens erstrecken, „die Anklageerhebung angesichts der verhältnismäßig 17

<sup>34</sup> Im einzelnen s. Vor § 137, 33 ff.

<sup>35</sup> Der Begriff ist in LR-Rieß Einl. B I erläutert.

<sup>36</sup> Immer noch eindrucksvoll die Fixierung dieses Zeitpunkts bei Eb. Schmidt I, 51, s. auch AK-Stern 23; vgl. im übrigen unten Rdn. 66.

<sup>37</sup> Zu diesem Problem Wolter GA 1988 62 ff mit umfass. Nachw.

<sup>38</sup> Darüber oben Rdn. 19; vgl. zur informatorischen Befragung ausführlich und näher LR-Rieß Erl. zu § 163a (24. Aufl. Rdn. 15 ff); Kleinknecht/Meyer-Gößner<sup>45</sup> Einl. 49.

<sup>39</sup> S. auch noch Rdn. 66 ff.

<sup>40</sup> So aber – unzutreffend – Weiß NJW 1983 91.

<sup>41</sup> Vgl. Rdn. 12.

<sup>42</sup> Vgl. das DAV-Forum: Reform des Ermittlungsverfahrens, AnwBl. 1986 49 ff; jetzt: Eckpunkte einer Reform des Strafverfahrens – ein in der Regierungskoalition erarbeitetes Diskussionspapier, StV 2001 314; dazu Salditt Eckpunkte – Streitfragen des partizipatorischen Strafprozesses, StV 2001 311.

<sup>43</sup> Thomas AnwBl. 1986 56; vgl. auch LR-Rieß Erl. zu § 168c (24. Aufl. Rdn. 1).

geringen Freispruchsquote in der Hauptverhandlung die hohe Wahrscheinlichkeit bedeutet, daß auch der Angeklagte verurteilt wird“<sup>44</sup>.

- 18** Im einzelnen handelt es sich zunächst um die Bereitstellung der **Bedingungen** für eine angemessene Verteidigung im Ermittlungsverfahren<sup>45</sup>, nämlich um **Information** des **Beschuldigten** (möglichst frühzeitig) „über die Einleitung des Ermittlungsverfahrens und die sie stützenden belastenden Umstände“<sup>46</sup>, d. h. um entsprechende **Benachrichtigungspflichten**<sup>47</sup>, ferner – konsequenterweise – um **Belehrung** des **Beschuldigten** (rechtzeitig und umfassend) über alle prozessualen Rechte<sup>48</sup>, deren Wahrnehmung dem Beschuldigten kein Nachteil bringen darf<sup>49</sup>; weiter um die Gewährung **rechtlichen Gehörs** vor Abschluß des Ermittlungsverfahrens<sup>50</sup>, um **Anwesenheitsrechte**, **Bescheidung** von Anträgen<sup>51</sup>.
- 19** Sodann geht es um aktive **Teilhaberechte**<sup>52</sup>, wie das Stellen von **Beweisanträgen** oder die Geltendmachung von **Beweiserhebungsansprüchen**<sup>53</sup>, Einflußnahme auf die Auswahl des Sachverständigen und den Inhalt seines Auftrags, Anfechtung ablehnender Bescheide (als Teilaspekt der Rechtsbehelfe im Ermittlungsverfahren)<sup>54</sup>, eigene **Ermittlungen**<sup>55</sup>.
- 20** Die Folge dieser Besserstellung des Beschuldigten ist immer eine entsprechende Konkretisierung der Beistandsmöglichkeiten des **Verteidigers**. Seine **Anwesenheitsrechte** etwa sollen über die ausdrücklichen Gestattungen in § 168c Abs. 1, 163a Abs. 1 hinausgehen, mit weiterreichenden Konsequenzen auch für die Benachrichtigungspflichten<sup>56</sup>. Was die Handlungsmöglichkeiten des Verteidigers im **Haftverfahren** angeht, so ist die Entwicklung noch nicht sehr fortgeschritten<sup>57</sup>.
- 21** Allerdings sind im Zuge dieser Entwicklungen gelegentlich eigenartige **Reflexwirkungen** zu registrieren. Dem grundsätzlichen Anwesenheitsrecht des Beschuldigten bei Vernehmungen von Zeugen (§ 168c Abs. 2) korrespondiert zwar ein Anwesenheitsrecht auch des Verteidigers. Doch ist auf der anderen Seite der Beistand, den der Verteidiger dem Beschuldigten gewährt, für den Gesetzgeber Anlaß, das zunächst dem Beschuldigten

<sup>44</sup> Egon Müller AnwBl. 1986 51; gegen diese Interpretation des Ermittlungsverfahrens: BVerfGE 39 167, krit. dazu Richter II StV 1985 382.

<sup>45</sup> Müller AnwBl. 1986 52 sowie umfass. Wehrauch Verteidigung im Ermittlungsverfahren<sup>5</sup> (1998).

<sup>46</sup> Müller AnwBl. 1986 52; ausführliche Empfehlungen bei Wehrauch aaO Rdn. 24 ff.

<sup>47</sup> S. auch Richter II StV 1985 388; ferner – mit Bezug auf die Neufassung der Mistra – Richter II AnwBl. 1985 432.

<sup>48</sup> Müller AnwBl. 1986 52; Lüderssen wistra 1983 231.

<sup>49</sup> Erscheinen zum Speicheltest in Begleitung eines Anwalts darf in späteren Strafverfahren nicht als belastendes Indiz gewertet werden, BGHSt NJW 2000 233 ff.

<sup>50</sup> Zur Dolmetscherkosten-Erstattung LG Köln StV 1994 492; OLG Hamm StV 1994 475.

<sup>51</sup> Dazu Thomas AnwBl. 1986 57, wichtige Folgerungen S. 57 r. Sp.; s. auch Richter II StV 1985 388; Krekeler AnwBl. 1986 63; Überblick mit weit. Nachw. Hamm/Hassemer/Pauly Beweisantragsrecht (2000).

<sup>52</sup> S. auch die Thesen in AnwBl. 1986 55.

<sup>53</sup> Krekeler AnwBl. 1986 62.

<sup>54</sup> S. dazu Hamm AnwBl. 1986 66.

<sup>55</sup> S. schon Vor § 137, 139 ff; bejahend auch Kleinknecht/Meyer-Goßner<sup>45</sup> Vor § 137, 2 und KK-Laufhütte<sup>4</sup> Vor § 137, 3 mit arg. e § 364b Abs. 1 Nr. 1 „bestimmte Nachforschungen“, dem zu entnehmen sei, daß die StPO auch sonst von der Berechtigung des Verteidigers hierzu ausgehe. Rückel FS Peters II 265 ff setzt die Zulässigkeit voraus und zeigt zahlreiche Bereiche auf, in denen eigene Ermittlungen eine effektive Strafverteidigung erst möglich machen (dazu kritisch Ernesti JR 1982 227 unter Bezugnahme auf BGH-Entscheidungen); s. ferner Wehrauch aaO Rdn. 92 ff. Zum Problem auch BGH StV 1996 242; Nilgens Die Verpflichtung des RA zu eigener Information, Diss. Saarbrücken 1993; Bockemühl 42. Zur Empirie: Stern Verteidigung im Mord- und Totschlagsverfahren (1999) Rdn. 738 ff.

<sup>56</sup> Für eine insofern konsequente Auslegung des § 168c Abs. 5 S. 2 Zaczyk NSTZ 1987 535; vgl. auch LR-Rieß Erl. zu § 168c (24. Aufl. Rdn. 42 ff); vgl. weiterhin §§ 118a Abs. 1, 218 S. 1, 224 Abs. 1, 145a Abs. 4 S. 2.

<sup>57</sup> Vgl. die Diskussion zwischen Rückel StV 1985 36 und Ulrich StV 1986 268; ferner Decker Verteidigung in Haft sachen NJW 1994 2261; Schlothauer/Weider Untersuchungshaft<sup>3</sup> (1999).



gewährte Recht wieder zurückzuschrauben (§ 168c Abs. 4). Keineswegs wird damit dem Verteidiger eine eigenständige Funktion zuerkannt. Denn handelt der an Stelle des Beschuldigten erschienene Verteidiger nicht in Übereinstimmung mit dem Beschuldigten, so muß er mit **zivilrechtlichen Folgen** rechnen<sup>58</sup>, die eigenständige Funktion wäre also ein Danaergeschenk. Widerruft der Beschuldigte die **Vollmacht**, wenn auch nur für diesen Teil des Verfahrens<sup>59</sup>, so entfällt die eigenständige Funktion, allerdings nur ex nunc, der Widerruf kann also im Einzelfall durchaus zu spät kommen, denn Anfechtung der Bevollmächtigung mit der Wirkung ex tunc ist auch im Strafprozeß nicht möglich<sup>60</sup>. In den Begründungen für die ratio legis des § 168c Abs. 4 taucht der Hinweis auf die eigenständige Funktion des Verteidigers denn auch nicht auf; freilich überzeugen die statt dessen gegebenen Begründungen auch nicht<sup>61</sup>. Eine ähnliche Struktur hat § 81 Abs. 1<sup>62</sup>.

Im **Zwischenverfahren** hat der Beschuldigte Anspruch auf Mitteilung der Anklageschrift und die Aufforderung, eine Erklärung nach § 201 abzugeben. Von dieser Möglichkeit macht, obwohl die Chancen praktisch immer noch gering bleiben, die Anwaltschaft zunehmend Gebrauch<sup>63</sup>. Allerdings ist die ablehnende Entscheidung des Gerichts unanfechtbar (§ 201 Abs. 2 S. 2). Auch der Eröffnungsbeschluß selbst kann vom Angeklagten nicht angefochten werden (§ 210 Abs. 1). Eine **beachtliche Meinung** geht freilich dahin, daß unter bestimmten Voraussetzungen **Zurücknahme** des Eröffnungsbeschlusses verlangt werden kann<sup>64</sup>. Dementsprechend sind die Beistandsmöglichkeiten der Verteidigung mehr oder weniger begrenzt.

Für das **Hauptverfahren** sind, was die **Vorbereitung der Hauptverhandlung** angeht, eindeutige **Ladungspflichten** vorgesehen: § 216; ausdrücklich für den Verteidiger: § 218. Weniger klar bestimmt sind die **Benachrichtigungspflichten**: § 224<sup>65</sup>, hier sind Angeklagter und Verteidiger als Adressaten genannt. Ferner gibt es die **Bekanntmachungspflicht** des Vorsitzenden bezüglich der Verfügung über Beweisanträge des Angeklagten; § 219 Abs. 2: die Pflicht zur Namhaftmachung von Zeugen, § 222 Abs. 1, hier ist der Verteidiger als Adressat ausgespart; die Pflicht zur **Mitteilung** der Gerichtsbesetzung, wenn der Angeklagte einen Verteidiger hat, an diesen zu richten, § 222a Abs. 1 S. 2 2. Hs.; das Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei einem Vernehmungstermin (§ 224 Abs. 2). Gesonderte Rechtsmittel gegen die Verletzung dieser Pflichten sind nicht vorgesehen.

Zu den **aktiven** Möglichkeiten des Angeklagten gehört das Recht, Beweisanträge zu stellen, § 219 Abs. 1 (keine Rechtsmittel gegen ablehnende Verfügung, § 305), Personen unmittelbar laden zu lassen (§ 220 Abs. 1, dazu auch § 222 Abs. 2), Anträge auf Unterbrechung wegen Prüfung der Besetzung, § 222a Abs. 2 – hier ist auch der Verteidiger ausdrücklich genannt – zu stellen, Besetzungseinwände zu erheben (§ 222b).

Die **unterschiedliche Adressierung** von Angeklagtem und Verteidiger ist bedeutungslos. Immer ist, wenn der Angeklagte einen Verteidiger hat, zusätzlich auch dieser gemeint (im Verhältnis zum Beschuldigten ist das durch den – im Zweifel so weit erstreckten – Vertrag gedeckt); die Differenzierungen des Gesetzes lassen keinen Sinn erkennen<sup>66</sup>. Wird ein Rechtsanwalt erst nach Eröffnung des Hauptverfahrens gegen ihn

<sup>58</sup> Vgl. Vor § 137, 44 ff.

<sup>59</sup> Über die Zulässigkeit eines sachlich oder zeitlich begrenzten Widerrufs vgl. Vor § 137, 85 und § 138, 17.

<sup>60</sup> S. Vor § 137, 69.

<sup>61</sup> Vgl. etwa LR-Rieß<sup>24</sup> § 168c, 18 ff.

<sup>62</sup> Vgl. Vor § 137, 156.

<sup>63</sup> Vgl. dazu Hamm StV 1982 490 (492 f) sowie umfass. Schlothauer Vorbereitung der Hauptverhandlung<sup>2</sup> (1998).

<sup>64</sup> Ulsenheimer NStZ 1984 440; im Erg. ebenso Hohendorf NStZ 1985 399; a. A. LR-Rieß § 207, 36 ff mit weit. Nachw.

<sup>65</sup> Dazu Welp JZ 1980 134.

<sup>66</sup> Grundsätzlich dazu Vor § 137, 147 bis 157a.

von einem Mitangeklagten als Verteidiger gewählt, so ist er durch Beschluß als Verteidiger zurückzuweisen. Die Vorschriften über der Ausschließungsverfahren nach §§ 138 ff. sind auf ihn nicht anwendbar<sup>67</sup>.

- 26** Die **Hauptverhandlung** ist – aus der Sicht des Angeklagten und seines Verteidigers – vor allem geprägt durch den Grundsatz der **Anwesenheit** des Angeklagten (§ 231)<sup>68</sup>. Die Ausnahmen von diesem Grundsatz (§§ 231a bis c, 232, 233, 247) werden nicht etwa durch eine Anwesenheit des Verteidigers kompensiert. Dessen ganz an die Verteidigungskonzeption des Beschuldigten geknüpfte Funktion kommt vielmehr sinnfällig darin zum Ausdruck, daß § 234 dem Angeklagten für den Fall, daß seine Anwesenheit nicht erforderlich ist, ihm lediglich das **Recht** gewährt, sich durch einen Verteidiger vertreten zu lassen (dort, wo – wie in § 247 – das nicht ausdrücklich vorgesehen ist, entfällt freilich das **Recht** des Verteidigers auf Anwesenheit auch nicht; keine Ausdehnung über den Wortlaut hinaus auf andere Verfahrensbeteiligte<sup>69</sup>). An dem – **vertraglich** begründeten – Recht des Angeklagten, auf das Verhalten des in der Verhandlung allein bleibenden Verteidigers Einfluß zu nehmen, ändert sich nichts (schon immer war anerkannt<sup>70</sup>, daß § 247 das Anwesenheitsrecht des Angeklagten einschränkt, nicht aber seine sonstigen Verfahrensbefugnisse)<sup>71</sup>.
- 27** Eine andere Frage ist, ob der Verteidiger anwesend sein **muß** – mit der Konsequenz, daß ohne ihn nicht verhandelt wird<sup>72</sup>. Verzichtet der Angeklagte auf seine Anwesenheit, so gibt es kein Problem. Die StPO tritt einer solchen Abrede – im Prinzip – nicht entgegen. Bleibt der Verteidiger ohne oder gegen den Willen des Angeklagten der Verhandlung fern, ist es nicht anders; die Vertragsverletzung, die der Verteidiger möglicherweise gegenüber dem Angeklagten begeht, muß er nur diesem gegenüber verantworten. Die StPO hilft dem Angeklagten nicht, wie die Regelung des § 228 Abs. 2 zeigt. Der Angeklagte hat damit keinen Anspruch darauf, daß das Gericht mit der Verhandlung inne hält, wenn der Wahlverteidiger verhindert ist<sup>73</sup>. Damit erfährt das in § 137 ausgedrückte Recht auf ein faires Verfahren bei nicht notwendiger Verteidigung eine Einschränkung durch § 228 Abs. 2<sup>74</sup>. Diese Einschränkung findet ihre Grenze allerdings dort, wo die Durchsetzung des § 228 Abs. 2 mit dem Grundsatz des fairen Verfahrens unvereinbar wird<sup>75</sup>. Sofern keine Prozeßverschleppungstaktik vermutet wird, setzen die Gerichte in einer solchen Situation das Hauptverfahren regelmäßig aus<sup>76</sup>.
- 28** Zu registrieren ist schon hier, daß in den Fällen der **Pflichtverteidigung** etwas anderes gilt, § 145. Allerdings ist durch die analoge Anwendung des § 142 Abs. 1 S. 2 weitgehend sichergestellt, daß bei der vom Beschuldigten erbetenen oder akzeptierten Pflichtverteidigung nicht gegen den Willen des Angeklagten ein neuer Verteidiger kommt, es sei denn, der Beschuldigte will **jetzt** überhaupt keinen Verteidiger mehr haben. Von da ab liegt dann aber ein Fall der aufgezwungenen Verteidigung vor, die für die Verteidigung als Ganzes keineswegs repräsentativ ist<sup>77</sup>, und deren Voraussetzungen schwieriger zu erfüllen sind als die der erbetenen oder akzeptierten Pflichtverteidigung<sup>78</sup>.

<sup>67</sup> BGH NStZ-RR 1997 71; Pfeiffer<sup>3</sup> 1.

<sup>68</sup> Allg. s. Malek Verteidigung in der Hauptverhandlung<sup>3</sup> (1999); Sommer Maßnahmen des Strafverteidigers in der Hauptverhandlung, ZAP Nr. 8 vom 20. 4. 94.

<sup>69</sup> Vgl. § 247, 4.

<sup>70</sup> Vgl. § 247, 3.

<sup>71</sup> Zum Verhältnis von Vertrag und Vertretung vgl. Vor § 137, 79 ff.

<sup>72</sup> S. BayObLG StV 1989 94; LG Koblenz StV 1996 254; BayObLG StV 1995 10; BayObLG NJW 1995 3134 = NStZ 1996 320; BayObLG MDR 1996 955.

<sup>73</sup> BVerfG NJW 1984 862; BGH NStZ 1981 231; Kleinknecht/Meyer-Göfner<sup>45</sup> 2; Kühne<sup>5</sup> 222.

<sup>74</sup> Vgl. OLG Düsseldorf GA 1979 226; Kleinknecht/Meyer-Göfner<sup>45</sup> 2.

<sup>75</sup> LR-Gollwitzer § 228, 20; Rzepka 195, 221 mit Nachw. auch der neueren Rspr.

<sup>76</sup> Vgl. Henkel NJW 1981 2678; BVerfG NStZ 1984 176; BGH NStZ 1998 311.

<sup>77</sup> Vor § 137, 70.

<sup>78</sup> § 140, 6; 20 ff; wie sich diese Unterscheidung auf die Handhabung des § 145 auswirkt, ist dort – Rdn. 23 in Verb. mit § 142, 27 – dargelegt.

Die ausdrücklich **geregelt**en Rechte des Angeklagten beziehen sich auf **Beweisanträge** (§ 244 Abs. 3, 4), Erklärungen (§ 257 Abs. 1), Beurkundungen (§ 273 Abs. 3) und den **Schlußvortrag** (§ 258 Abs. 1, 3). **29**

Bei § 244 werden die Personen, denen das Recht zusteht<sup>79</sup>, nicht genannt; bei § 273 **30** werden die an der Verhandlung beteiligten Personen, also auch Angeklagter und Verteidiger, ermächtigt. In §§ 257, 258 werden Angeklagter und Verteidiger ausdrücklich genannt. Angesichts dieses ersichtlich **unüberlegten Sprachgebrauchs** der StPO ist zunächst festzuhalten, daß auch in der Vorschrift, die Angeklagten und Verteidiger nicht ausdrücklich erwähnt, gleichwohl beide angesprochen sind. Nicht ohne weiteres entschieden ist jedoch, wie das Zusammenwirken von Angeklagtem und Verteidiger jeweils gedacht ist. Sicher darf in allen Fällen der Angeklagte unabhängig von seinem Verteidiger handeln bzw. sprechen. Für den umgekehrten Fall gilt das im Zweifel nicht. Allerdings ist zu differenzieren:

Was § 244 angeht, so bedarf – trotz des offenen Wortlautes – die Notwendigkeit der Abstimmung zwischen Verteidiger und Angeklagtem keiner über das bisher Gesagte hinausgehenden Begründung. Damit wird allerdings eine **traditionelle Bastion** der sich unabhängig vom Angeklagten zum Handeln legitimiert fühlenden Verteidigerschaft angegriffen. Nach nahezu allgemeiner Meinung darf der Verteidiger unabhängig vom Angeklagten, ja sogar gegen seinen Widerspruch, **Beweisanträge** stellen<sup>80</sup>. **31**

Aber auch wer wenig Neigung verspürt, von dieser Meinung abzuweichen, braucht sich gleichwohl nicht von der Konzeption des Verteidigers als Vertragspartner des Beschuldigten zu distanzieren. Das selbständige Stellen von **Beweisanträgen** kann sich durchaus im Rahmen des **Vertrages** zwischen Beschuldigtem und Verteidiger bewegen. In den meisten Fällen wird der Mandant nichts dagegen haben, daß der Verteidiger nach *seinem* sachverständigen Ermessen entscheidet<sup>81</sup>. Bei eindeutigen und offenem **Widerspruch** des Mandanten freilich (und gerade dieser Fall wird von der allgemeinen Meinung zitiert) versagt die Konstruktion. An ihre Stelle schiebt sich nun aber – dies ist offenbar die übereinstimmende Position vieler Verteidiger – nicht der im Interesse der Verfahrenssicherung tätige Verteidiger (wie in vergleichbaren streitigen Fällen sonst häufig), sondern nur eine besonders ausgeprägte (wenn auch nicht explizit gemachte) Vorstellung von der **Unmündigkeit eines Mandanten**, der dem **Beweisantrag** seines Verteidigers entgegentritt. Dieses Verhalten scheint so sehr gegen die eigenen Interessen des Mandanten gerichtet zu sein, daß eine gleichsam partielle, im Gesetz allerdings nicht ausdrücklich vorgesehene, zusätzliche Pflichtverteidigung Platz greifen soll. **32**

Da eine Vorschrift, die einer **gegen den Willen** des Angeklagten vorgenommenen Prozeßhandlung des Verteidigers die äußere Wirkung nimmt (wie z. B. § 297), hier fehlt, ist gesondert zu prüfen, wie sich das Gericht zu verhalten hat, wenn der Verteidiger einen **Beweisantrag** stellt, ohne daß ganz klar ist, daß dies mit Zustimmung des Angeklagten geschieht. **33**

**Widerspricht** der Angeklagte **eindeutig**, so ist kein Grund ersichtlich, anders zu entscheiden als bei § 297: der **Beweisantrag** ist mithin nicht wirksam gestellt. (Selbstverständlich ist das Gericht nicht gehindert, den beantragten Beweis im Rahmen der **34**

<sup>79</sup> S. schon Vor §§ 137 ff, 157a.

<sup>80</sup> Vgl. schon die Nachw. Vor § 137, 157a; ferner LR-Gollwitzer § 244, 96; *Alsberg/Nüsel/Meyer* 377; *Beulke*<sup>5</sup> 129; s. auch OLG Celle NSTZ 1988 426 – hauptsächlich zur (abgelehnten) Verlesbarkeit von Einlassungen in Anwaltsschriftsätzen als Urkun-

den: *Vehling* Die Funktionen des Verteidigers im Strafverfahren, StV 1992 86; OLG Celle NJW 1989 992; s. auch BVerfG NJW 1995 1951 (1952).

<sup>81</sup> Vgl. die Differenzierung zwischen dem „Ob“ und dem „Wie“ der Führung der Verteidigung bei *Jahn* (Konfliktverteidigung) 252.

Erfüllung seiner Aufklärungspflicht gemäß § 244 Abs. 2 zu erheben.) Für ein argumentum e contrario wäre nur Raum, wenn auch die Interessenlage eine andere wäre als bei § 297. Die Unterlassung eines aus der Sicht des Fachmanns gebotenen Beweisantrages kann aber genauso folgenreich sein für den Angeklagten wie die Nichteinlegung eines ebenfalls aus der Sicht des Fachmanns gebotenen Rechtsmittels. Die Analogie<sup>82</sup> liegt also näher.

- 35** Der Widerspruch des Angeklagten ist als partieller **Widerruf der Vollmacht**<sup>83</sup> aufzufassen<sup>84, 85</sup>. Das macht die Parallele zu § 297 noch deutlicher. Die Ermächtigung zur Einlegung von Rechtsmitteln wird in der Regel schon bei Erteilung der ersten Strafprozeß-Vollmacht – formularmäßig – gegeben. Daß eine Ermächtigung kraft Gesetzes vorliegt, ohne die Notwendigkeit einer Vertretungsvollmacht, kann aus § 297 nicht abgeleitet werden. Vielmehr konstituiert diese Vorschrift lediglich eine „vermutet Rechtsmittelbefugnis des Verteidigers“<sup>86</sup>. Selbst wenn der Beschuldigte von vornherein – unwiderfürlich – erklärt, bei der irgendwann akut werdenden Entscheidung über die Einlegung eines Rechtsmittels unter keinen Umständen mitzuwirken, ist er daran nicht gebunden, sondern darf es sich – später – anders überlegen<sup>87</sup>. In § 302 Abs. 2 ist diese Vorkehrung zum Schutz des Beschuldigten noch gesteigert. Danach ist die einmal gegebene Zustimmung zum Rechtsmittelverzicht nicht nur widerrufbar, auch wenn das Gegenteil vereinbart wurde, sondern muß in casu gegebenenfalls erneuert werden<sup>88</sup>.
- 36** Eine sogar der Regelung des § 302 Abs. 2 vergleichbare Aktualisierung des **Einverständnisses** zwischen Angeklagtem und Verteidiger wird man indessen nicht fordern können.
- 37** Vielmehr muß das Gericht den Beweisantrag des Verteidigers, verhält sich der Angeklagte nicht eindeutig ablehnend, akzeptieren, wenn die übrigen Voraussetzungen vorliegen. Die **Vertrauensbeziehung** zwischen Angeklagtem und Verteidiger verträgt keine entsprechende Nachfrage des Gerichts. Sie könnte den Verteidiger in die Situation versetzen, entweder Aufklärungen geben zu müssen, die seiner Schweigepflicht widersprechen, oder zu riskieren, daß der Beweisantrag als nicht wirksam gestellt und daher nicht bescheidungspflichtig angesehen wird. Daher muß das Gericht in diesen Fällen unterstellen, daß die Beweisantragstellung im Rahmen der dem Verteidiger erteilten **Vollmacht** erfolgt.
- 38** Eine andere Frage ist es, ob der Angeklagte, auch wenn er Grund hat, in der Verhandlung zu schweigen<sup>89</sup>, seinen Verteidiger unter **Berufung** auf eine eventuell **anders**

<sup>82</sup> Zur Funktion dieses Rechtsinstituts im Strafprozeß, vgl. LR-*Lüderssen* Einl. L 40 ff.

<sup>83</sup> Das gilt auch für den Pflichtverteidiger. Das ist ganz eindeutig für den Fall, daß es sich um einen Wahlpflichtverteidiger handelt; denn auch er ist bevollmächtigt (Vor § 137, 74; § 141, 3). Ist der Pflichtverteidiger aufgezwungen, so gelten für das zivilrechtliche Verhältnis die Vorschriften des BGB über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 141, 7; 8). Hier ist die Initiative des Angeklagten allerdings eo ipso auch nicht zu erwarten. Im übrigen kann in vereinzelt Fällen der Widerspruch des Angeklagten gegen einen Beweisantrag aber auch als Ausdruck des Begehrens auf Austausch des Pflichtverteidigers, bzw. der Beendigung der Pflichtverteidigung überhaupt aufgefaßt werden (vgl. § 143, 10).

<sup>84</sup> Allgemeiner zu dessen Zulässigkeit und zum Verhältnis von Anwaltsvertrag und -vollmacht Vor § 137, 79 ff; § 138, 17.

<sup>85</sup> Die – denkbare – Konstruktion einer selbständigen Rücknahme des vom Verteidiger gestellten Beweisantrages durch den Angeklagten – auch für den Verteidiger wirksam, wenn dieser seinerseits jetzt nicht widerspricht, *Alsberg/Nüsel/Meyer* 406 – ist wenig praktisch.

<sup>86</sup> LR-*Hanack* § 297, 1.

<sup>87</sup> LR-*Hanack* § 297, 8.

<sup>88</sup> So – mit besonders überzeugender Begr. – *Dencker* Willensfehler bei Rechtsmittelverzicht und Rechtsmittelrücknahme im Strafprozeß (1972) 75. Ferner LR-*Hanack* § 302, 67 ff.

<sup>89</sup> Bemerkenswert hierzu immer noch OLG Hamm NJW 1979 1373.

**lautende interne vertragliche Abrede** für die Folgen haftbar machen kann<sup>90</sup>. In dem Maße wie der Verteidiger nicht vom Staat als Organ der Rechtspflege in Anspruch genommen werden kann, wächst seine Haftbarkeit gegenüber dem Beschuldigten.

Grenzfälle von der Art, daß der Angeklagte **später**, während der Verteidiger den Beweis Antrag stellt oder nachdem er ihn schon gestellt hat, **ausdrücklich widerspricht**, sind sicher selten, dürfen aber dogmatisch nicht außer acht gelassen werden. Im Zweifel ist der Wille des Angeklagten auch bei dieser Sachlage zu beachten. Es mag allerdings vorkommen, daß dies nicht nur dem „wahren“ Willen des Angeklagten zuwiderläuft (das mag in Kauf genommen werden), sondern bei Würdigung aller Umstände auch mit der subjektiven Willenssituation des Angeklagten letztlich nicht vereinbar ist (ähnlich wie ein Arzt, der mit Einwilligung des Patienten die Operation begonnen hat und während seiner Arbeit die Willensänderung des Patienten vernimmt, im Zweifel davon ausgehen muß, daß hier nur eine eigentlich nicht gewollte Intervention des Patienten vorliegt). Insofern hat das Gericht, will es den entgegenstehenden Willen des Angeklagten nicht gelten lassen, sondern den Beweis Antrag des Verteidigers, eine schwierige Diagnose vorzunehmen. **39**

§ 257 Abs. 2 eröffnet dem Verteidiger ein Erklärungsrecht – unabhängig von dem des Angeklagten. Daß dabei – anders als beim Angeklagten – die Initiative des Verteidigers abzuwarten ist (auf Verlangen, § 257 Abs. 2), kann man vernachlässigen. Im übrigen ist die Vorschrift dahin auszulegen, daß der Verteidiger seine Erklärungen mit dem Angeklagten abstimmen muß. Daß das **Erklärungsrecht** des Verteidigers nicht entfällt, wenn der Angeklagte die Einlassung zur Sache verweigert, steht dazu nicht in Widerspruch; vielmehr kann zwischen Angeklagtem und Verteidiger abgesprochen sein, daß der Verteidiger Erklärungen für das Schweigen seines Mandanten abgibt bzw. vorträgt, wie sich der Sachverhalt aus der Sicht der Verteidigung darstellt. Hat der Angeklagte eine dementsprechende **generelle Vollmacht** erteilt, so ist die Frage, ob er in der mitgeteilten Situation gleichwohl widerrufen darf, ebenso zu beantworten wie bei § 244<sup>91</sup>, insbesondere kommt es auch hier auf die Diskretion des Gerichts gegenüber dem Verhältnis von Angeklagtem und Verteidiger an. Das Gericht hat die Erklärung des Verteidigers gegebenenfalls nicht zur Kenntnis zu nehmen. **40**

§ 258 schließlich bereitet wenig Probleme. Hier ist die **jederzeitige Aktualisierung** des Beschuldigtenwillens gegenüber dem Verteidiger eindeutig vorgesehen (Abs. 3). **41**

**Streitfälle** zwischen Beschuldigtem und Verteidiger im Rahmen der Anwendung des § 273 Abs. 3 wiederum sind nach dem für § 244 herangezogenen Widerrufmodell zu entscheiden. **42**

Was **nicht ausdrücklich geregelt**, aber gleichwohl in der Praxis speziell hervorgehobene Rechte des Beschuldigten und damit des Verteidigers in der Hauptverhandlung angeht, so gelten für den Umgang mit eventuellen Divergenzen zwischen Verteidiger und Beschuldigtem die – auf der Basis der Vor § 137, 65 ff dargelegten Grundsätze – zu den geregelten Fällen entwickelten Lösungen entsprechend. Dabei ist dann freilich noch zu prüfen, ob das **Widerrufmodell** (§§ 297, 244, 257) oder das Modell des **aktualisierten Einverständnisses** (§§ 302 Abs. 2, 258) gilt. Die Entscheidung hängt davon ab, in welchem Umfang die Diskretionsinteressen in bezug auf das Beschuldigten-/Verteidigerverhältnis zu wahren sind. Im Zweifel erhalten sie den Vorzug. Eine besondere Bedeutung hat etwa die Tonbandaufnahme für Zwecke der Verteidigung erlangt<sup>92</sup>. Hier gilt das Widerrufmodell. **43**

<sup>90</sup> S. generell zu den Folgen für den Verteidiger bei Überschreitung seiner Befugnisse Vor § 137, 158; speziell für Schadensersatz: 44 ff.

<sup>91</sup> Vgl. oben Rdn. 30 ff.

<sup>92</sup> Zu der grundsätzlichen Frage der Zulässigkeit s. *Marxen* NJW 1977 2188 ff; *Roggemann* JR 1966 47 ff; *KMR-Paulus* § 169 GVG, 16.

- 44 Für die **Rechtsmittelverfahren** gilt im Prinzip nichts Besonderes<sup>93</sup>. Art und Umfang der Verteidigung hängen auch hier von Vertrag und Vollmacht ab (gleichviel, ob von vornherein für alle Instanzen gegeben oder erst später). Was die Vertretung des Angeklagten, der in der Hauptverhandlung nicht erscheint, angeht, so sind die Vorschriften für Berufung (§ 329 Abs. 1) und Revision (§ 350 Abs. 2 S. 1) zwar unterschiedlich formuliert; der Sache nach aber bedeuten sie jeweils dasselbe<sup>94</sup>.
- 45 Für **sonstige Rechtsbehelfe** (Verfassungsbeschwerde, Menschenrechtsbeschwerde, Dienstaufsichtsbeschwerde, Petitionsrecht) gilt Entsprechendes. Wegen der Bevollmächtigung bei der Verfassungsbeschwerde s. § 22 Abs. 1 BVerfGG und wegen der Vollmacht § 22 Abs. 3 BVerfGG. Soweit diese Rechtsbehelfe sich gegen Maßnahmen, Entscheidungen und Verfügungen richten, die im Rahmen eines Strafverfahrens ergangen sind, unterfallen sie der Verteidigertätigkeit i. S. v. § 137. Insbesondere stehen dem Betroffenen und seinem Prozeßbevollmächtigten die Rechte aus § 148 zu. Die Akteneinsicht erfolgt nach den spezialgesetzlichen Regelungen, etwa § 20 BVerfGG.
- 46 Im **Vollstreckungsverfahren**<sup>95</sup> gilt für Vertretung und Vollmacht das zum Rechtsmittelverfahren Gesagte entsprechend, während die Probleme der Anwesenheit weitgehend entfallen. Sachlich geht es in diesem Verfahrensabschnitt vor allem um die Wahrnehmung von **Rechtsbehelfen**, also um Einwände gegen die Zulässigkeit der Strafvollstreckung (§ 458 Abs. 1 3. Fall), Überprüfung, ob die Strafe in der vom Gericht verhängten Höhe zu verbüßen ist (Auslegung des Strafurteils, § 458 Abs. 1 1. Fall; nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe, § 460; Anrechnung von Untersuchungs- und Auslieferungshaft, §§ 458 Abs. 1 2. Fall, 450, 450a; Anrechnung von Krankenhausaufenthalt, § 461), ferner darum, ob die Strafzeit zur Bewährung auszusetzen ist, § 454<sup>96</sup>; die Vertretung des Verurteilten durch den Verteidiger kann nur in den Fällen akut werden, in denen von der Anhörung des Verurteilten abgesehen wird, § 454 Abs. 1 S. 4<sup>97</sup>.
- 47 Das Verfahren für die **Festsetzung der Kosten** des Verfahrens ist gemäß § 464b S. 3 nach den Vorschriften der ZPO abzuwickeln. Gleichwohl gilt § 137 auch noch für diesen Abschnitt des Verfahrens; der Beschuldigte kann sich eines Verteidigers bedienen. Spezielle Vorschriften, welche die Tätigkeit des Verteidigers in diesem Verfahrensabschnitt regeln, gibt es nicht; § 473 Abs. 3 spricht von der Möglichkeit, daß ein anderer Beteiligter das Rechtsmittel auf bestimmte Beschwerdepunkte beschränkt. Konsequenzen für den Ablauf des Kostenfestsetzungsverfahrens hat das aber nicht, vielmehr muß diese Vorschrift mit den Vorschriften, welche die Selbständigkeit der Rechtsmitteleinlegung durch den Verteidiger begrenzen, harmonisiert, d. h. entsprechend restriktiv ausgelegt werden, gehört also insofern in einen anderen Kontext.
- 48 Die Zulässigkeit der Verteidigung auch nach Eintritt der Rechtskraft ist weitgehend anerkannt<sup>98</sup>; die Praxis der Verteidigung im **Strafvollzug** ist aber nach wie vor wenig ausgebildet<sup>99</sup>. Ähnlich wie bei der Vollstreckung sind es zunächst die Rechtsbehelfe, die in das Blickfeld der Verteidigung fallen, also Antrag auf gerichtliche Entscheidung

<sup>93</sup> Zu den Spezialvorschriften der §§ 297 und 302 Abs. 2 vgl. oben Rdn. 313 bis 357.

<sup>94</sup> Vgl. LR-Gollwitzer<sup>24</sup> § 329, 46 ff.

<sup>95</sup> Grundlagen bei Volckart<sup>3</sup> 124 ff.

<sup>96</sup> Darüber, wie sinnvoll der Beistand eines Verteidigers in diesem Verfahrensstadium sein kann, vgl. auch § 140, 118 ff.

<sup>97</sup> Vgl. zum Ganzen die ausführliche Darstellung bei Litwinski 85 ff.; Volckart<sup>3</sup> 378 ff.; LR-Wendisch § 454, 19; HK-Julius<sup>3</sup> § 454, 10; Zur neuen Rechtslage

(Beteiligung des Verteidigers gemäß § 454 Abs. 2 S. 4-7); HK-Julius<sup>3</sup> § 454, 22 ff.; Volckart<sup>3</sup> 388.

<sup>98</sup> Kleinknecht/Meyer-Göfner<sup>45</sup> 3 und Vor § 137, 5; LR-Wendisch Vor § 449, 33; KK-Fischer<sup>4</sup> Vor § 449, 13; OLG München NJW 1978 654; s. auch Schwerin StV 1981 208; E. Müller NJW 1981 1801 ff.

<sup>99</sup> Vgl. Müller-Dietz StV 1982 83 ff. Umfassende Orientierung bei Kamann Mehr Soll als Haben: der Einfluß der Strafverteidigung auf die Gestaltung des Strafvollzugs, StV 1996 120; Heghmanns 11 ff.

(§§ 109 ff StVollzG) und Rechtsbeschwerde gegen die Entscheidung des Gerichts (§§ 116 ff StVollzG)<sup>100</sup>. Dabei treten spezielle Fragen des Akteneinsichtsrechts auf<sup>101</sup>.

Ferner ist besonders wichtig das **Besuchsrecht** des Verteidigers und der **Schriftwechsel**<sup>102</sup>. Zur gemeinschaftlichen Verteidigung im Vollzugsverfahren vgl. § 146<sup>103</sup>.

Die für das **Wiederaufnahmeverfahren** speziell vorgesehenen, den Verteidiger betreffenden Regeln (§§ 364a und b) ergänzen lediglich die Pflichtverteidigung<sup>104</sup>.

**bb) Besondere Verfahrensarten.** Das **Strafbefehlsverfahren** sieht in § 411 Abs. 2 vor, daß der Angeklagte sich durch einen Verteidiger mit schriftlicher Vollmacht vertreten lassen kann. Außerdem ist auf § 407 Abs. 2 S. 2 hinzuweisen. Weitere, die durch § 137 eröffnete Verteidigungsmöglichkeit konkretisierende Vorschriften gibt es nicht.

Im **Sicherungsverfahren** ist die Vertretung durch einen Verteidiger gem. § 140 Abs. 1 Nr. 7 vorgesehen. Für den Fall der Hauptverhandlung bei Abwesenheit des Beschuldigten (§ 415 Abs. 1) ist weiter vorgeschrieben, daß der Verteidiger von der Vernehmung des Beschuldigten durch den beauftragten Richter benachrichtigt wird (§ 415 Abs. 2 S. 1); seiner Anwesenheit bedarf es nicht.

Im **Verfahren bei Einziehungen und Vermögensbeschlagnahmen** wird auf die Möglichkeit der Vertretung des Einziehungsbeteiligten hingewiesen. Zwar ist nicht vom Verteidiger, sondern von einem Rechtsanwalt oder einer Person, die als Verteidiger gewählt werden kann, die Rede (§ 434 Abs. 1 S. 1); § 137 ist jedoch ausdrücklich für anwendbar erklärt (zusammen mit §§ 138, 139, 145a bis 149 und 218), § 434 Abs. 1 S. 2. Das gilt kraft Verweises auch für die Fälle des § 440 (§ 440 Abs. 3) und des § 442 (§ 442 Abs. 1).

Für das **Verfahren bei Festsetzung von Geldbuße gegen juristische Personen und Personenvereinigungen**, § 444, gelten kraft Verweises ebenfalls unter anderem die die Anwendbarkeit von § 137 garantierenden Vorschriften über Verfahren bei Einziehungen und Vermögensbeschlagnahmen (§ 444 Abs. 2).

Was das durch **Privatklage** eingeleitete Verfahren angeht, so ist in einer Spezialvorschrift, § 387 Abs. 1, dem Angeklagten ausdrücklich gestattet, in der Hauptverhandlung im Beistand eines Rechtsanwalts zu erscheinen oder sich aufgrund einer schriftlichen Vollmacht durch einen solchen vertreten zu lassen.

Für das **Ordnungswidrigkeitenverfahren** findet sich eine direkte Bezugnahme auf § 137 nicht (nur auf §§ 140, 143 in § 60 OWiG). Seine Anwendbarkeit wird aber über die Generalklausel des § 46 Abs. 1 OWiG hergestellt<sup>105</sup>.

Auch im **Jugendgerichtsverfahren** gilt gemäß § 2 JGG die StPO, also auch § 137<sup>106</sup>. Abweichende Spezialbestimmungen finden sich nicht. (Anders bei der Pflichtverteidigung, § 68 JGG<sup>107</sup>.) Insbesondere existieren keine Hinweise darauf, daß der Verteidiger in Jugendstrafverfahren erzieherisch befähigt sein muß, obwohl das JGG solche Vorschriften kennt (§ 35 Abs. 2 für die Schöffen, § 37 für Jugendrichter und Jugendstaats-

<sup>100</sup> *Laubenstein* 36 ff.

<sup>101</sup> *Laubenstein* 256 ff; s. näher § 147, 80 ff.

<sup>102</sup> Über Einzelheiten informieren die Kommentierungen der einschlägigen Vorschriften des StVollzG, s. ferner § 148, 13.

<sup>103</sup> Ferner *Laubenstein* 266 ff.

<sup>104</sup> Vgl. OLG Düsseldorf StV 1988 57 zu den Anforderungen an den Antrag auf Pflichtverteidigerbestellung. Generell zur Verteidigung in der Wiederaufnahme *Marxen/Tiemann* Die Wiederaufnahme in Strafsachen (1993); *Stern* NSTZ 1993 409.

<sup>105</sup> Hinweise für die Praxis finden sich bei *Beck/Berr* OWi-Sachen im Straßenverkehrsrecht<sup>1</sup> (1999).

<sup>106</sup> Zum Problem vgl. *Siegfried Fuchs* Der Verteidiger im Jugendstrafverfahren (1992) (Bespr. von *Ostendorf* StV 1994 53); *Semran u. a.* Verteidigung junger Beschuldiger aus der Sicht von Rechtsanwälten, MSchrKrim 1995 34; *Zieger* Verteidigung in Jugendstrafsachen (1998<sup>3</sup>) 78.

<sup>107</sup> Vgl. § 140, 87 ff.

anwälte). *Rieß*<sup>108</sup> hält deshalb sogar einen Umkehrschluß für möglich. Ob man dieser Logik den Lauf lassen soll, hängt von substantiellen Vorentscheidungen ab. Die Frage ist danach, ob der in § 137 niedergelegte Grundsatz, daß der Verteidiger aufgrund des Vertrags mit dem Beschuldigten tätig wird<sup>109</sup>, mit Blick auf die Jugendlichkeit des Vertragspartners des Verteidigers beschränkt werden kann. Selbst wenn man, wie *Bottke*<sup>110</sup>, der Meinung ist, die *lex scripta* sei insofern „offen für ambivalente Funktionszuweisungen“, muß das verneint werden.

- 58 **Jugendliche** sind zwar nur beschränkt geschäftsfähig im Sinne des bürgerlichen Rechts, für Strafrecht und Strafverfahren gelten diese Maßstäbe aber nicht; vielmehr entscheidet die **faktische Einsichtsfähigkeit**<sup>111</sup>. In dem Maße, wie sie nicht vorhanden ist, füllen dann nicht öffentliche Fürsorgeregeln, sondern die privat-familienrechtlichen Vertretungsregeln die Lücke (unbeschadet der in diesem Bereich dann nach wieder ganz speziellen Normen unter Umständen notwendig werdenden Bevormundung). Der jugendliche Beschuldigte als **Vertragspartner** kann sich also den **erzieherischen Verteidiger** verbitten. Er kann ihn aber ebenso auch favorisieren, je nachdem, wie sich das Vertrauensverhältnis zum Verteidiger etabliert. Diese Lösung schließt also den Verteidiger vom **Erziehungsgedanken des Jugendstrafverfahrens**<sup>112</sup> keineswegs rigoros aus, entfernt sich möglicherweise im Ergebnis gar nicht so sehr von den Erziehungsvorstellungen, die mit dem Jugendstrafverfahren verbunden werden, wenn man bedenkt, daß die moderne Pädagogik das Zustimmungserfordernis des zu Erziehenden ohnehin groß schreibt. Das Vertragsmodell erweist sich also als geeignet, beide Tendenzen im jugendstrafrechtlichen Schrifttum, den Erziehungsgedanken wie die Betonung der Autonomie auch des Jugendlichen<sup>113</sup>, in gleicher Weise aufzufangen, und ist insofern auch ein Beitrag zur Überwindung unnötiger Antagonismen in der modernen Strafzwecklehre<sup>114</sup>; der Hinweis von *Rieß*<sup>115</sup> „im Jugendstrafrecht erziehen aus Anlaß eines Tatverdachts so viele am Jugendlichen herum, daß irgendjemand aufpassen muß, damit die strafverfahrensrechtlichen Förmlichkeiten gewahrt bleiben und damit die Grenzen des materiellen Strafrechts nicht vor lauter Erziehungseifer überschritten werden“ verdient Zustimmung, soweit es sich um die Skepsis gegen die totale Erziehung handelt; das Gegengewicht, das der Verteidiger hier unter Umständen setzen muß, ist indessen vor allem die Wahrung der Autonomie des Beschuldigten<sup>116</sup>.

## 2. Andere Auftraggeber eines Rechtsanwaltes im Strafverfahren

- 59 a) **Der Verletzte.** Er hat zunächst die Möglichkeit der **Klageerzwingung**. Die StPO enthält keine speziellen Regelungen. Daß auch das Opferschutzgesetz, obwohl es für die Entschädigung und Nebenklage Vorschriften über die Verteidigung in die StPO eingefügt hat (s. unten), insofern schweigt, ist befremdlich.
- 60 Für die **Privatklage** sind Beistand und Vertretung des Privatklägers durch einen Rechtsanwalt in § 378 geregelt. Hinzu tritt der Hinweis auf § 139 in § 387 Abs. 1 I. Hs.

<sup>108</sup> *Rieß*, in: Verteidigung in Jugendstrafsachen 43.

<sup>109</sup> Vor § 137, 33 ff.

<sup>110</sup> *Bottke* Entwurf einer Teleologie des fairen Jugendstrafverfahrens, in: Verteidigung in Jugendstrafsachen (Eine Dokumentation des Bundesministeriums der Justiz 1987) 46 ff (59).

<sup>111</sup> *Lappe* Rpfleger 1982 10.

<sup>112</sup> Dessen Berechtigung hier nicht diskutiert werden soll, so auch schon *Rieß* aaO 42.

<sup>113</sup> Belege bei *Ostendorf*/StV 1986 308.

<sup>114</sup> Dazu *Lüderssen* in: *Hassemer/Lüderssen/Naucke* (Hrsg.) Fortschritt des Strafrechts durch die Sozialwissenschaften? (1983) 67 ff.

<sup>115</sup> *Rieß* aaO.

<sup>116</sup> Weitere Literatur zu der Kontroverse, ob der Verteidiger erzieherische Aufgaben im Jugendstrafrecht habe, bei *P.-A. Albrecht*<sup>3</sup> § 44 A III; *Walter* NStZ 1987 481; s. auch § 140, 111 ff.



Für die **Nebenklage** gilt über den Verweis in § 397 Abs. 1 S. 2 das Gleiche wie für den Privatkläger. 61

Die Vorschriften über die **Entschädigung des Verletzten** wiederholen (§ 406f Abs. 1) die vertragsrechtlich zu interpretierende Formulierung des § 137. Allerdings scheint das nicht für die Zeit vor Erhebung der öffentlichen Klage zu gelten, wie die Regelung des § 406 g zeigt, die in diesem frühen Stadium dem Verletzten nur dann das Recht gibt, sich des Beistandes eines Rechtsanwalts zu bedienen, wenn er zum Anschluß als Nebenkläger befugt ist (der Begriff „Strafverfahren“ wäre dann in § 406f Abs. 1 also enger als in § 137). Indessen sind die von *Hilger*<sup>117</sup> erhobenen Zweifel, daß der Gesetzgeber diese Unterscheidung wirklich gewollt habe, wohl berechtigt. Freilich heißt das, daß die Vorschriften insofern redaktionell nicht recht gelungen sind. 62

Abgesehen von dem Beistand ist jeweils auch die **Vertretung** durch den Rechtsanwalt möglich. Die Formulierungen weichen etwas von denen des § 378 ab, laufen aber sachlich auf dasselbe hinaus. Bemerkenswert ist die klare, die Auffassung vom vertraglichen Charakter der Beziehung zwischen Mandant und Verteidiger eindeutig stützende Einschränkung der Befugnis des Verteidigers für den Fall, daß der Verletzte **widerspricht**. Spezielle weitergehende Befugnisse des Verletzten sind in § 406f Abs. 2 festgehalten. In den Fällen des § 406g treten auch noch weitere Anwesenheitsrechte des Rechtsanwalts hinzu. 63

b) **Zeugen**. Diese Frage ist an anderer Stelle ausführlich behandelt<sup>118</sup>. 64

**3. Zur Realisierbarkeit der Wahlfreiheit.** Die Wendung „kann sich bedienen“ setzt die Freiheit des Beschuldigten zu Vertragsschluß und Bevollmächtigung<sup>119</sup> voraus. Diese Freiheit ist aber nicht in jeder Lage des Verfahrens, obwohl das Gesetz insofern keine Einschränkung macht, faktisch gegeben. Ist der Beschuldigte **vorläufig festgenommen**, in **Untersuchungshaft** oder in Strafhaft in einer anderen Sache oder nach den Vorschriften über freiheitsentziehende Maßregeln des StGB bzw. der Unterbringungsgesetze der Länder **untergebracht**, so ist er für die **Realisierung** seines Rechts<sup>120</sup>, sich eines Verteidigers zu bedienen, auf fremde Hilfe angewiesen. Diese Hilfe ist von der Seite zu gewähren, welche die Verantwortung dafür trägt, daß der Beschuldigte den seine Handlungsfreiheit beschränkenden Umständen ausgesetzt ist. Die Unschuldsumutung verbietet die Annahme, daß der Beschuldigte selbst diese Verantwortung trage. Vielmehr sind das die jeweils zuständigen Strafverfolgungsorgane. Ihre Verpflichtung, dem Beschuldigten die rechtzeitige Wahl eines Verteidigers zu garantieren, ergibt sich aus dem die Strafverfolgungsorgane bindenden Prinzip der **Fürsorge** gegenüber dem in einem Strafverfahren Beschuldigten. Die Fürsorge hat unter anderem der **effektiven Verteidigung** zu gelten<sup>121</sup>. 65

a) **Der „erste Zugriff“.** Der Beschuldigte muß in dieser Situation vor allem wissen, daß es ihm nach dem Gesetz freisteht, sich zu der Beschuldigung zu äußern oder **nicht zur Sache auszusagen**. Deshalb schreibt § 136 Abs. 1 S. 2, bezogen auf den Zeitpunkt vor der ersten Vernehmung, ausdrücklich eine entsprechende Belehrung vor. Das heißt, 66

<sup>117</sup> LR-*Hilger* § 406e, 2.

<sup>118</sup> Vgl. LR-*Dahs* Vor § 48, 10 bis 15, s. auch § 140, 114.

<sup>119</sup> Vgl. Rdn. 11.

<sup>120</sup> Das Recht des Beschuldigten, sich des Beistandes eines von ihm gewählten Verteidigers zu bedienen, wird auch als Teil des verfassungsrechtlich verbürgten Anspruchs auf ein faires, rechtsstaatliches

Verfahren aufgefaßt, BVerfGE 39 156, 163; 39 238, 243; 66 313, 318 f; 68 237, 255; BVerfG NJW 1984 862.

<sup>121</sup> *Hübner* 221 ff; darüber, daß das nicht gleichbedeutend ist mit einer obrigkeitlichen Wahrnehmung der Beschuldigteninteressen, vgl. Vor § 137, 31 bis 32.

auch für die Entscheidung, ob er zur Sache aussagen möchte, darf sich der Beschuldigte eines Verteidigers seiner Wahl bedienen. Dieses Recht des Beschuldigten ist also, soweit es um die Verteidigung geht, *auch* eine ganz spezielle Folge des Grundsatzes *nemo tenetur se ipse accusare*<sup>122</sup>. Auch die auf die Realisierung der Regel des § 136 Abs. 1 S. 2 sich konkretisierende **Fürsorgepflicht** der Strafverfolgungsorgane hat also eine doppelte Wurzel: Garantie der freien Verteidigerwahl und *nemo-tenetur*-Grundsatz. Dem Gewicht, das die Fürsorgepflicht dadurch erhält, entspricht ihre Erstreckung darauf, daß die Chancen der Beschuldigten, einen Verteidiger ihrer Wahl zu bekommen, gleich sind. Das heißt, dem nicht in Freiheit befindlichen Beschuldigten muß der **Zugang** zu einem Verteidiger entsprechend erleichtert werden<sup>123</sup>. Dazu gehört, daß man die Vernehmung solange unterläßt, wie nicht feststeht, daß der Beschuldigte eine der des in Freiheit befindlichen Beschuldigten vergleichbare Möglichkeit hat, sich dafür zu entscheiden, zunächst einen Verteidiger zu befragen. Die Chance eines nicht auf freiem Fuß sich befindenden Beschuldigten ist derjenigen, die ein in Freiheit befindlicher Beschuldiger hat, nur vergleichbar, wenn er, da die unbeschränkte Kommunikation nach draußen nicht gegeben ist, Zugang zu von außen kommenden **Angeboten** erhält; die Freiheit, selbst Angebote einzuholen, genügt unter diesen Umständen nicht. Mit der wachsenden Anerkennung eines Beweisverwertungsverbots in bestimmten Fällen der Beeinträchtigung des Konsultationsrechts hat auch die praktische Bedeutung des § 137 Abs. 1 S. 1 immer mehr zugenommen. Daher müssen die Angebote eine gewisse Qualität aufweisen<sup>123a</sup>, fürsorglich konkretisiert werden<sup>124</sup>.

- 67** Erst recht liegt ein Verstoß gegen § 137 Abs. 1 und § 163 Abs. 4 S. 2 in Verb. mit § 136 Abs. 1 S. 2 zugleich vor, wenn die Polizei dem Beschuldigten nicht rechtzeitig, also zur Wahrung des in § 136 Abs. 1 S. 2 garantierten Rechts auf Nichteinlassung, mitteilt, daß sich für ihn ein Verteidiger<sup>125</sup> **gemeldet** hat. Dabei spielt es keine Rolle, ob dieser das auf Veranlassung Dritter, etwa Angehöriger (aber auch eines Tatbeteiligten) oder aufgrund einer Eigeninitiative getan hat (eventuellen Mißbräuchen durch die sogenannten Gefängnisanwälte oder durch Presseorgane ist auf anderen Wegen vorzubeugen), ob der Verteidiger unmittelbar vorspricht oder brieflich oder telefonisch in Erscheinung tritt, ob das vor oder während der Vernehmung (die dann zu unterbrechen ist) geschieht<sup>126</sup>.
- 68** Entscheidet sich der Beschuldigte aufgrund eines solchen Angebots, einen Verteidiger zu wählen, darf man ihn nicht etwa auf telefonische Kontakte beschränken. Vielmehr ist die Form des Kontaktes zu ermöglichen, auf die **Beschuldigte und Verteidiger** sich **einigen** im Rahmen des an Gesetz und gute Sitten gebundenen Vertrags<sup>127</sup>.
- 69** Die die Chancengleichheit verbürgende Fürsorgepflicht der Strafverfolgungsorgane sollte auch **vor anderen Ermittlungshandlungen**, obwohl insofern eine Vorschrift wie § 136

<sup>122</sup> SK-Rogall Vor § 133, 130 ff; Reiß Besteuerungsverfahren und Strafverfahren (1987) 171 ff.

<sup>123</sup> LR-Hanack § 136, 29 bis 30.

<sup>123a</sup> Beispielsweise genügt es nicht den Anforderungen, wenn der Beschuldigte dahingehend belehrt wird, daß er vielleicht auch einen Rechtsanwalt nehmen könne (AG Neumünster StV 2001 498 mit Anm. Gübner).

<sup>124</sup> BGH NJW 1996 1548 (5. Senat); einschränkend BGHSt 42 170, 172 (1. Senat). Vgl. Beulke Muß die Polizei dem Beschuldigten vor der Vernehmung „Erste Hilfe“ bei der Verteidigerkonsultation leisten? NStZ 1996 257; Hermann Das Recht des Beschuldigten, vor der polizeilichen Vernehmung

einen Verteidiger zu befragen, NStZ 1997 209; H. Schneider Strafprozessuale Anforderungen an Polizeibeamte zur Ermöglichung der Verteidigerkonsultation durch den festgenommenen Beschuldigten, Jura 1997 131; HK-Julius<sup>3</sup> 1; Allg. dazu auch Bohlander Verteidigernotdienst im strafprozessualen Ermittlungsverfahren (1992) und Wehrauch Verteidigung im Ermittlungsverfahren<sup>5</sup> (1998); Rzepka 130.

<sup>125</sup> S. Rdn. 5.

<sup>126</sup> Generell zur Benachrichtigungspflicht Richter II StV 1985 388.

<sup>127</sup> Vgl. zum ganzen Vor § 137, 33 ff.

Abs. 1 S. 2 fehlt, Platz greifen. Dies ist anerkannt, wenn Ermittlungshandlungen – etwa eine **Gegenüberstellung** – in engem zeitlichen Zusammenhang mit einer Vernehmung stehen und somit als deren Bestandteil anzusehen sind<sup>128</sup>, muß aber auch dann gelten, wenn der Beschuldigte die Aussage verweigert oder Ermittlungshandlungen ohne Vernehmung des Beschuldigten geplant sind<sup>129</sup>. Ihre Durchsetzung kann den Angeklagten in ähnlicher Weise wie eine Aussage um sein Recht bringen, sich nicht selbst zu belasten.

Eine Ausnahme mit Blick auf **Eilbedürftigkeit** der Ermittlungen kann nicht etwa auf § 34 StGB gestützt werden<sup>130</sup> und auch nicht auf das Prinzip der **Effektivität der Strafrechtspflege**, weil der Begriff der Effektivität die Realisierung der Vorschriften der StPO gerade einschließt<sup>131</sup>. Vielmehr bedürfte es insofern spezieller Ermächtigungen, die hier aber bisher ebenso ausgeblieben sind wie auf dem Gebiete der Straftataufklärung durch Straftatprovokation<sup>132</sup>. **70**

Auch dürfen die Folgen aus der hier dargelegten Fürsorgepflicht der Strafverfolgungsorgane **nicht** durch Schaffung eines rechtsfreien Raums der **informellen Befragung** umgangen werden<sup>133</sup>. **71**

Soweit die Praxis der Polizei sogar die auf **Eigeninitiative** des Beschuldigten beruhenden Bemühungen, rechtzeitig einen Verteidiger zu bekommen, behindert (etwa durch den Hinweis, der Fall sei doch einfach, der Beschuldigte brauche doch gar keinen Verteidiger, er könne sich selbst verteidigen, im übrigen koste der Verteidiger doch sehr viel Geld, das solle er sich doch genau überlegen, man könne doch erst einmal ein unverbindliches Gespräch führen, den Verteidiger könne man doch später einschalten) oder durch Verwendung keine hinreichende Aufklärung des Beschuldigten über seine Rechte garantierender Formulare oder gar durch Nichtgestattung eines **Telefongesprächs**, was unzulässig ist<sup>134</sup>, muß dem auf der Grundlage des bereits Ausgeführten mit besonderem Nachdruck entgegengetreten werden. **72**

**b) Anwesenheit des Verteidigers bei polizeilicher Vernehmung des nicht in Freiheit befindlichen Beschuldigten.** Die Aufgabe der Strafverfolgungsbehörden, für die Beschränkung der Handlungskompetenz des nicht auf freiem Fuß befindlichen Beschuldigten einen **Ausgleich durch Stärkung der Verteidigung** zu schaffen, schließt auch ein, daß dem Beschuldigten in dieser Lage bei seiner Vernehmung durch die Polizei die **Anwesenheit** des Verteidigers gestattet wird. Damit ist nicht ein generelles Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei polizeilichen Vernehmungen des Beschuldigten gefordert. Aus der durch § 137 Abs. 1 gegebenen Garantie, daß der Beschuldigte sich in jeder Lage des Verfahrens eines Verteidigers bedienen **kann**, folgt sicher nicht, daß die Polizei nichts mehr allein tun darf. Freilich ist auch für den in Freiheit befindlichen Beschuldigten die Vernehmung eine besonders belastende Ermittlungshandlung, so daß viel für ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei allen polizeilichen Vernehmungen des Beschuldigten spricht<sup>135</sup>. **73**

<sup>128</sup> *Odenthal* Die Gegenüberstellung im Strafverfahren, Diss. Köln (1984) 66 mit weit. Nachw.; LR-*Dahs* § 58, 10 ff.

<sup>129</sup> Wiederum für die Gegenüberstellung *Odenthal* aaO 67; *Grünwald* JZ 1981 426; a. A. KG NJW 1979 1669.

<sup>130</sup> Zur Nichtanwendbarkeit des § 34 StGB dort, wo speziell normative Eingriffsrechte gelten (str.), vgl. LK-*Hirsch*<sup>11</sup> § 34, 6 mit Verweisen.

<sup>131</sup> *Hassemer* StV 1982 275; *Lüderssen* Polizei zwischen Effizienzerfordernissen und rechtsstaatlichen Kon-

trollbedürfnissen, in: Kühne/Miyazawa (Hrsg.) Strafrechtsentwicklungen im deutsch-japanischen Vergleich (1995) 195.

<sup>132</sup> Vgl. dazu *Lüderssen* Jura 1985 126, *ders.* Verdeckte Ermittlungen, in: FG Bundesgerichtshof IV 883.

<sup>133</sup> S. oben Rdn. 16.

<sup>134</sup> *Kleinknecht/Meyer-Göfner*<sup>45</sup> § 136, 10; LR-*Hanack* § 136, 29 mit wichtigen Nachw.

<sup>135</sup> Vgl. die Belege bei Rdn. 17 sowie ausführlich mit umfassenden Nachw. zum Streitstand (1988) LR-*Rieß*<sup>24</sup> § 163a, 95 f; *Roxin*<sup>25</sup> § 37, 29; diff. dazu, auch

- 74** Denn der nicht auf freiem Fuß befindliche Beschuldigte hat jedenfalls **nicht** die – den Mangel einer Anwesenheit des Verteidigers vielleicht ausgleichende – Möglichkeit, die **Vernehmungssituation** zu vermeiden<sup>136</sup>. Er ist insofern – mindestens – in der gleichen Lage wie der Beschuldigte, der vor dem Staatsanwalt oder dem Richter erscheinen muß, ohne aussagepflichtig zu sein, und seinen Verteidiger mitbringen darf (§§ 163a Abs. 3 S. 2; 168c Abs. 1). Bezogen auf diese Sachlage ist – gesetzessystematisch – in der Tat eine Analogie<sup>137</sup> (zu den genannten Vorschriften) und nicht ein *argumentum e contrario* (aus § 163 Abs. 4 S. 2, wo § 168c Abs. 1 – anders als in Abs. 3 – nicht aufgeführt ist) angebracht<sup>138</sup>; auch die sprachliche Argumentation, „vor“ in § 136 Abs. 1 S. 2 heiße nicht „bei“<sup>139</sup>, versagt. Denn die Unfreiheit des Beschuldigten, die es ihm unmöglich macht, sich der Vernehmung zu entziehen, dauert doch während der Vernehmung an und bedarf deshalb aus dem gleichen Grund der **Kompensation** durch den in Form der Anwesenheit gewährten Beistand des Verteidigers wie bei der Entscheidung, sich zur Sache überhaupt zu äußern. Im übrigen ist darauf hinzuweisen, daß sich Situationen dieser Art für den Beschuldigten, wenn er nach der vorläufigen Festnahme in Untersuchungshaft kommt oder untergebracht wird, immer wieder ergeben können. Das **Anwesenheitsrecht** des Verteidigers bei polizeilichen Vernehmungen muß daher für die **ganze Dauer** der Untersuchungshaft oder Unterbringung gegeben sein.
- 74a** c) **Anwesenheit des Verteidigers während staatsanschafflicher Vernehmung des Beschuldigten.** Hier geht es zunächst nur um Reformforderungen. Die Relativierung der Anwesenheitsrechte des Verteidigers durch die §§ 168c Abs. 5 S. 2 und 3; 168d Abs. 1 S. 2; 224 Abs. 1 S. 2; 225 entsprechen nicht einem fairen Verfahren<sup>140</sup>.
- 74b** d) **Anwesenheit des Verteidigers während der Hauptverhandlung.** Auch hierbei handelt es sich um ein Postulat des fairen Verfahrens<sup>141</sup>. Wird die Beweisaufnahme aus der Hauptverhandlung „ausgelagert“, darf nichts anderes gelten. Dazu gehört insbesondere, daß der Verteidiger entsprechende Mitteilungen erhält<sup>142</sup>. Das hat auch zur Folge, daß ein in Abwesenheit des Verteidigers am Ende der Verhandlung ausgesprochener Rechtsmittelverzicht des Angeklagten im Falle notwendiger Verteidigung unwirksam ist<sup>143</sup>.

mit Blick auf die Folgen für die Hauptverhandlung, *Rzepka* 405 Fußn. 267. Reformvorschläge finden sich im Alternativ-Entwurf Reform des Ermittlungsverfahrens (AE – EV) (2001) 132 ff.

<sup>136</sup> Zur Verteidigung unter diesen Umständen *Schlottbauer/Weidner* Untersuchungshaft<sup>3</sup> (2001) 62 ff; 147 ff; *Schöch* Der Einfluß der Strafverteidigung auf den Verlauf der Untersuchungshaft (1997); *Schöch* Kurze Untersuchungshaft durch frühe Strafverteidigung, StV 1997 323.

<sup>137</sup> So ohne die hier gemachte Einschränkung, *Schaefer* MDR 1977 981, mit dem zusätzlichen Argument, daß die Polizei ohnehin doch nur von der StA abgeleitete Rechte habe und daher nicht das Privileg beanspruchen dürfe, den Beschuldigten in Abwesenheit seines Verteidigers zu vernehmen; a. A mit weit. Nachw. LR-*Rieß*<sup>24</sup> § 163a, 95.

<sup>138</sup> Der Nachdruck, mit dem *Zaczyk* NSTz 1987 537 sagt, daß der Gesetzgeber eine Entscheidung getroffen hat und daher kein Raum mehr sei für eine alternative Lösung, überzeugt insofern nicht. Methodologisch hierzu: LR-*Lüderssen* Einl. L 41 ff.

<sup>139</sup> *Dietmar Krause* StV 1984 177.

<sup>140</sup> *Rzepka* 406.

<sup>141</sup> *Rzepka* 405.

<sup>142</sup> Zum ganzen ebenfalls *Rzepka* 405. LR-*Rieß*<sup>24</sup> § 163a, 95 mit Nachw.; *Dietmar Krause* StV 1984 173 ff; auch *Weihrauch* aaO Rdn. 151 ff. Eine Terminbestimmung ohne Beachtung relevanter Einwände der Verteidigung kann mit der Beschwerde (§ 304 Abs.1) angegriffen werden, weil diese einen Verstoß gegen das Recht auf freie Verteidigerwahl (§ 137 Abs. 1, Art. 6 Abs. 3c EMRK) darstellen kann, OLG Frankfurt StV 1997 402 und StV 2001 157; zur auf diesen Verstoß gegründeten Revision BGH NSTz 1999 527. Zur Terminverlegungsbitte der Verteidigung im OWi-Verfahren, BayObLG MDR 1996 955, BayObLG StV 1995 10. Aus der prozessualen Fürsorgepflicht folgt, daß das Verfahren bei unerwartetem Ausbleiben der Verteidigung nicht ohne diesen durchzuführen ist BayObLG NJW 1995 3134, BayObLG StV 1989 94. Ebenso ist auch im OWi-Verfahren mindestens 15 Minuten auf die Verteidigung zu warten BayObLG NJW 1989 3167. Ähnlich OLG Hamburg StV 1995 11, LG Koblenz StV 1999 593.

<sup>143</sup> OLG Düsseldorf NSTz 1995 148; dazu *Rzepka* 199. Die Frage ist in der Rspr. umstritten; ebenso

e) **Der Beschuldigte im Strafvollzug.** Hier wird die Anwendung des § 137 Abs. 1 S. 1 unter anderem aktuell in den bereits gesondert behandelten Fällen der Strafverteidigung im Vollzug<sup>144</sup>. Die Generalklauseln der §§ 5 und 73 StVollzG, die eine Belehrung und Unterstützung des Gefangenen bei der Wahrnehmung seiner Rechte vorschreiben, genügen nicht, um sicherzustellen, daß der Gefangene auch **jenseits seiner Eigeninitiative** einen Verteidiger erhält. Die Defizite, die insofern die soziale Wirklichkeit im Vollzug aufweist<sup>145</sup>, müssen durch den Rückgriff auf die allgemeinen Normen der StPO, die auch für die Strafverteidigung im Strafvollzug gelten<sup>146</sup>, ausgeglichen werden. Daß die Vollzugsbehörden, wenn der Gefangene Antrag auf gerichtliche Entscheidung stellt, seine Klagegegner sind<sup>147</sup>, berechtigt sie nicht dazu, Barrieren gegen den freien Zugang zu einem Verteidiger zu errichten oder bestehen zu lassen<sup>148</sup>. Diese besondere Konstellation entfällt freilich, wenn sich der Strafgefangene im Rahmen eines in anderer Sache gegen ihn geführten Verfahrens eines Verteidigers bedienen will.

**4. Wahl durch den Vertreter (Abs. 2 S. 1).** Der **gesetzliche Vertreter**<sup>149</sup> (Vater, Mutter, Vormund, Pfleger<sup>150</sup>; im Jugendstrafverfahren der Erziehungsberechtigte, vgl. § 67 Abs. 3 JGG) ist selbständig berechtigt, einen Verteidiger zu wählen (Satz 1). Er ist vom Willen des Beschuldigten unabhängig sowohl bei der Frage, ob er einen Verteidiger zuziehen, als auch bei der, wen er als Verteidiger auswählen will<sup>151</sup>. Auf der anderen Seite ist der **Beschuldigte** in gleicher Weise **selbständig**. Sein Recht wird durch Abs. 2 S. 1 nicht eingeschränkt, wenn ihm meist auch durch die Unfähigkeit, sich vertraglich zur Honorarzahmung zu verpflichten<sup>152</sup>, geringere Bedeutung zukommt. Einigen sich der Beschuldigte und sein gesetzlicher Vertreter nicht auf einen oder mehrere Verteidiger, sondern wählt jeder einen anderen oder auch mehrere andere, dann treten diese gemeinschaftlich auf. Für das Vertrauensverhältnis zum Beschuldigten ist es ohne Belang, von wem der Verteidiger gewählt worden ist<sup>153</sup>.

Da das **Wahlrecht** des gesetzlichen Vertreters gewahrt bleiben muß, kann dieser die Wahl auch dann ausüben, wenn der Beschuldigte selbst schon drei Verteidiger gewählt hat, und umgekehrt<sup>154</sup>. Da das Wahlrecht nicht auf einen Verteidiger beschränkt ist, besagt Satz 2 deutlich, daß auch der gesetzliche Vertreter **selbständig** drei Verteidiger wählen kann<sup>155</sup>, so daß in einem solchen Fall bis zu sechs Verteidiger gewählt werden können<sup>156</sup>.

BayObLG NStE § 302 Nr. 20; OLG Frankfurt StV 1991 296; KG StV 1998 646; OLG Köln StV 1998 645; OLG München StV 1998 646; a. A OLG Hamburg StV 1998 637 mit Anm. Rogall; OLG Brandenburg StraFo. 2001 136; OLG Naumburg NJW 2001 2190; vgl. auch LR-Hanack § 302, 57.

<sup>144</sup> S. Volckart 3 und bereits oben Rdn. 48.

<sup>145</sup> Dazu ausführlich Laubenstein 116 ff.

<sup>146</sup> S. oben Rdn. 48.

<sup>147</sup> Dazu Laubenstein 116.

<sup>148</sup> Mißverständlich insofern Laubenstein 116.

<sup>149</sup> Diese Regelung ist exklusiv (unbeschadet der in Rdn. 59 ff behandelten Fälle). Dritte, die „für den Beschuldigten“ einen Verteidiger beauftragen, handeln also nur wirksam, wenn der Beschuldigte zustimmt – damit hat er den Verteidiger gewählt. Auch Weisungen des Dritten an den Verteidiger sind daher nur mit Genehmigung des Beschuldigten, die freilich auch pauschal erteilt werden kann (in den Grenzen des § 138 BGB, dazu Vor § 137,

38 ff), wirksam. Zutreffend LG Frankfurt StV 1988 482 (Verbot der Verwertung einer ohne Mitwirkung des Beschuldigten für diesen von einem durch Dritte beauftragten Verteidiger gegebenen Einlassung).

<sup>150</sup> Dalcke-Fuhrmann<sup>37</sup> 2.

<sup>151</sup> Vgl. Kleinknecht/Meyer-Goßner<sup>45</sup> 9.

<sup>152</sup> OLG Schleswig NJW 1981 1681; Kleinknecht/Meyer-Goßner<sup>44</sup> 9.

<sup>153</sup> Vgl. Kleinknecht/Meyer-Goßner<sup>45</sup> 9.

<sup>154</sup> Dünnebier NJW 1976 1; Gössel 153; Blaese/Wielop 50; Herrmann ZStW 89 (1977) 755; HK-Julius<sup>3</sup> 11; a. A KK-Laufhütte<sup>4</sup> 5; Kleinknecht/Meyer-Goßner<sup>45</sup> 10; Pfeiffer<sup>3</sup> 2.

<sup>155</sup> Wegen der Beschränkung der Zahl der Wahlverteidiger gilt auch hier das zu Rdn. 79 ff Ausgeführte entsprechend.

<sup>156</sup> Vgl. die eindeutigen Hinweise aus der Gesetzgebungsgeschichte bei Dünnebier NJW 1976 1, Fußn. 1.

- 78** 5. **Mögliche Folgen eines Verstoßes gegen § 137 Abs. 1 S. 1.** In Betracht kommen die **Behinderung** bei der Wahl selbst oder **Fehler** bei der **Belehrung** (§ 136 Abs. 1 S. 2). Die Frage hat im Zuge der Entwicklung der Rechtsprechung<sup>157</sup> an Bedeutung sehr gewonnen, vor allem mit Blick auf die intensivierten Ansprüche des Beschuldigten auf Verteidigerkonsultation<sup>158</sup>. Das Korrektiv könnte eine **Wahrunterstellung** der Beschuldigten-Einlassung sein<sup>159</sup>. Allerdings ist dem Beschuldigten damit nur gedient, wenn er den Tatvorwurf bestreitet. Im Falle eines vollen oder teilweisen Geständnisses kann nur ein **Verwertungsverbot** helfen<sup>160</sup>, mit der Folge einer Erleichterung der Revision<sup>161</sup> (Evidenz bei der Berufungsfrage – in der Regel).
- 78a** Die Folgen eines Verstoßes gegen § 137 Abs. 1 S. 2 sind mit der **Zurückweisung** in § 146a Abs. 1 geregelt. Die Revision kann auf eine Mitwirkung von mehr als drei Verteidigern nicht gestützt werden (kein Beruhen)<sup>162</sup>. Die ungerechtfertigte und unwillkürliche Zurückweisung eines Verteidigers führt nicht zu einer den Angeklagten belastenden Beschränkung der Verteidigung, wenn er anderweitig ordnungsgemäß verteidigt ist<sup>163</sup>.

#### IV. Grenzen der freien Verteidigerwahl (Abs. 1 S. 2; Abs. 2 S. 2)

- 79** Die Limitierung wurde durch das 1. StVRErgG eingefügt. Hintergrund waren die im Zuge der Terroristenprozesse gemachten Erfahrungen. Die Beschränkung der Zahl der Wahlverteidiger wird weitgehend für verfassungsgemäß gehalten<sup>164</sup> und ist durch das Bundesverfassungsgericht abgesegnet<sup>165</sup>. Rechtspolitisch bleibt sie aber vor allem wegen ihrer Starrheit<sup>166</sup> umstritten<sup>167</sup>. 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<sup>168</sup>. Daraus wird vielerorts geschlossen, daß die Dreizahl kumulativ für Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 S. 2 gelten soll<sup>169</sup>. Angesichts des eindeutigen Wortlauts des § 138 ist diese Ansicht jedoch abzulehnen<sup>170</sup>.
- 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<sup>171</sup>.
- 81** Die Bestimmung bezieht sich nach ihrer Stellung nur auf den Wahlverteidiger, ist aber wegen der Gleichheit der Aufgaben<sup>172</sup> auf den **Pflichtverteidiger entsprechend** anzu-

<sup>157</sup> S. oben Rdn. 66 Fußn. 126.

<sup>158</sup> LR-Hanack § 136, 67 ff.

<sup>159</sup> Von Nelles erwogen für den Fall unterbliebener Beweiserhebung, StV 1986 78.

<sup>160</sup> S. Stratel/Venzke StV 1986 30, 33; vgl. auch mit weit. Nachw. LR-Hanack § 136, 67 ff; LR-Rieß<sup>24</sup> § 163a, 121 f; Kutschera Verwertungsverbot bei unterbliebenem Hinweis auf einen Strafverteidiger-notdienst, StraFo. 2001 262.

<sup>161</sup> LR-Hanack § 136, 81.

<sup>162</sup> BGH 4 StR 7/98 vom 25. 2. 1998; Pfeiffer<sup>3</sup> 2; Kleinknecht/Meyer-Göfner<sup>45</sup> 11.

<sup>163</sup> Pfeiffer<sup>3</sup> 2; BGHSt 27 159; BayObLG NStZ 1988 281; KK-Laufhütte<sup>4</sup> 9.

<sup>164</sup> Pfeiffer<sup>3</sup> 1; Kleinknecht/Meyer-Göfner<sup>45</sup> 4; KK-Laufhütte<sup>4</sup> Vor § 137, 11; HK-Julius<sup>3</sup> 3; Kaiser NJW 1982 1368; a. A. M. J. Schmid MDR 1979 804;

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

<sup>165</sup> BVerfGE 39 156.

<sup>166</sup> Vgl. Rdn. 80.

<sup>167</sup> Vgl. etwa Schmidt MDR 1977 529. Krit. wohl auch HK-Julius<sup>3</sup> 3.

<sup>168</sup> So BGHSt 27 128.

<sup>169</sup> Vgl. etwa KK-Laufhütte<sup>4</sup> 5; Kleinknecht/Meyer-Göfner<sup>45</sup> 10; Pfeiffer<sup>3</sup> 2.

<sup>170</sup> Vgl. schon oben Rdn. 77.

<sup>171</sup> Krit. daher auch Roxin<sup>25</sup> § 19, 26; Dahs NJW 1975 1385; Krekeler AnwBl. 1979, 212; HK-Julius<sup>3</sup> 3; vgl. auch Vogtherr Rechtswirklichkeit und Effizienz der Strafverteidigung (1991) 47. Entsprechende Reformforderungen auch bei Zepka 397.

<sup>172</sup> Vor § 137, 60 ff.

wenden. Daher ist auch ein Pflichtverteidiger, der dem Beschuldigten neben dem Wahlverteidiger bestellt wird, auf die Dreizahl anzurechnen<sup>173</sup>, ebenso ist der nach § 138 Abs. 2 zugelassene Verteidiger anzurechnen<sup>174</sup>. 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 Beschuldigten für eine wirksame Untervollmacht – als weiterer gewählter Verteidiger des Beschuldigten anzusehen ist<sup>175</sup>.

**Scheidet** einer der drei Verteidiger aus, wenn auch nur vorübergehend, kann der Beschuldigte, um die Zahl wieder aufzufüllen, einen neuen wählen<sup>176</sup>. Die Bestimmung darf nicht so verstanden werden, daß der Beschuldigte nur einmal drei Verteidiger wählen darf<sup>177</sup>. 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, evtl. ein Pflichtverteidiger bestellt werden darf<sup>178</sup>. **82**

Die früher problematische Frage, was zu geschehen hat, wenn die Dreizahl überschritten wird<sup>179</sup>, ist mit der Einfügung des § 146a dahingehend entschieden, daß eine Zurückweisung erforderlich ist und bis dahin die Verteidigerbestellungen wirksam sind<sup>180</sup>. Darüber, wie die Vollmachterteilung an in eine Sozietät zusammengeschlossene Anwälte erfolgt, vgl. § 146, 42. Zu Rechtsmitteln und Revision vgl. § 146a, 16 ff. **83**

## 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<sup>181</sup>. **84**

<sup>173</sup> So auch HK-Julius<sup>3</sup> 3, 9 (mit Hinweis auf das Gebot der Gleichstellung und der Gefahr der Überverteidigung gegen den Willen und auf Kosten des Beschuldigten); anders KK-Laufhütte<sup>4</sup> 6 mit Rückgriff auf den Wortlaut; KMR-Müller<sup>7</sup> 3; BayObLG StV 1988 97; Pfeiffer<sup>3</sup> 2; Kleinknecht/Meyer-Gofner<sup>45</sup> 5; BGH MDR 1980 273; (Anm.: Laufhütte will aber den Verteidiger, der nur mit Genehmigung des Gerichts [§ 138 Abs. 2, vgl. BGH MDR 1980 274; BGH NStZ 1981 94] tätig werden darf und ausländische Verteidiger anrechnen; so auch Pfeiffer<sup>3</sup> 2 AK-Stern § 137, 32, 5; Dünnebieber NJW 1976 1.)

<sup>174</sup> BGH MDR 1980 273; Kleinknecht/Meyer-Gofner<sup>45</sup> 4; HK-Julius<sup>3</sup> 9. Dünnebieber NJW 1976 1.

<sup>175</sup> Vgl. schon LR-Dünnebieber<sup>23</sup> Vor § 137 6; Kaiser NJW 1982 1368; Pfeiffer<sup>3</sup> 1; HK-Julius<sup>3</sup> 9; Klein-

knecht/Meyer-Gofner<sup>45</sup> 5; KK-Laufhütte<sup>4</sup> Vor § 137, 11; BGH MDR 1978 111 (bei Holtz); BGH NStZ 1981 94; 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; Anm. dazu noch Schmid-Leichner NJW 1975 420 und Schmid MDR 1979 804.

<sup>176</sup> Vgl. auch Kleinknecht/Meyer-Gofner<sup>45</sup> 4.

<sup>177</sup> Kleinknecht/Meyer-Gofner<sup>45</sup> 4.

<sup>178</sup> Vgl. hierzu § 141, 43 f.

<sup>179</sup> LR-Dünnebieber<sup>23</sup> 11, 12, 15.

<sup>180</sup> Genauer § 146a, 1 bis 3; über die Folgen der Zurückweisung § 146a, 12 bis 13.

<sup>181</sup> Näher dazu § 142, 17.

## § 138

**(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.**

**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; *Bieler* Anmerkung zu BVerwG, Beschl. vom 26. 11. 1974 – V C 9/94, NJW 1975 2356; *Bleckmann* Anmerkung zu EuGH JZ 1988 506, JZ 1988 509; *Bloy* Anmerkung zu BGH JZ 1987 346, JR 1987 348; *Bornemann* Prozeßvertretung durch Hochschullehrer und das Rechtsberatungsgesetz, MDR 1985 192; *Hilla* Volljuristen als Verteidiger NJW 1988 2525; *Schröter* Der Hochschullehrer als Strafverteidiger, Diss. Regensburg 1987; *C. Seibert* „Andere Personen“ als Verteidiger, JZ 1951 440.

**Entstehungsgeschichte.** Die Vorschrift ist nie geändert worden. Gleichwohl hat es, weil die rechtlichen Rahmenbedingungen nicht konstant blieben, 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 WeimVerf. – und unter heftigen Widerständen<sup>1</sup>. Aufgrund des Gesetzes vom 7. 4. 1933<sup>2</sup> wurde in § 3 die Zulassung solcher Anwälte zurückgenommen, die sich im „kommunistischen Sinne betätigt hatten“<sup>3</sup>. Dazu zählte z. B. die wiederholte Verteidigung von Kommunisten und Sozialdemokraten<sup>4</sup>. Außerdem sah das Gesetz in § 1 die Rücknahme der Zulassung von Anwälten nichtarischer Abstammung mit einer Durchführungsfrist bis zum 30. 9. 1933 vor<sup>5</sup>. Daneben wurde am 1. 4. 1933 zum Boykott jüdischer Rechtsanwaltspraxen aufgerufen<sup>6</sup>. Mit der 5. Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 27. 9. 1938<sup>7</sup> wurden mit einer Übergangsfrist bis zum 30. 11. 1938 alle noch bestehenden Zulassungen nichtarischer Rechtsanwälte zurückgenommen<sup>8</sup>. Jüdische Angeklagte wiederum durften nicht von „deutschen“ Rechtsanwälten verteidigt werden. Ihnen wurde ein jüdischer „Konsulent“ zugeteilt, der jedoch als „Verteidiger“ vielfach diskriminiert wurde (der Niederlassungsort wurde zugeteilt, er durfte keine Robe tragen und mußte statt dessen einen Judenstern an seiner Kleidung anbringen<sup>9</sup>). 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<sup>10</sup>. Die Vertretung vor dem Volksgerichtshof bedurfte der Zustimmung des Vorsitzenden des Gerichts<sup>11</sup>. Durch die Kriegsverordnung vom 1. 3. 1943 wurde die

<sup>1</sup> Vgl. *Ostler* NJW 1979 1962.

<sup>2</sup> RGBl. I S. 175.

<sup>3</sup> *Ostendorf* StV 1983 121; *Ostler* AnwBl. 1983 54.

<sup>4</sup> *Ostendorf* aaO.

<sup>5</sup> *Ostler* aaO.

<sup>6</sup> *Ostendorf* aaO; *Ostler* aaO 53.

<sup>7</sup> RGBl. I S. 1403.

<sup>8</sup> *Ostler* aaO 54.

<sup>9</sup> *Ostler* aaO 54 f; *Ostendorf* aaO 122.

<sup>10</sup> *Ostler* aaO 57; *Ostendorf* aaO 123.

<sup>11</sup> *Ostendorf* aaO 122.



Möglichkeit geschaffen, Rechtsanwälte im Alter von über 65 Jahren in den Ruhestand zu versetzen. Außerdem waren Frauen zur Rechtsanwaltschaft nicht mehr zugelassen<sup>12</sup>. 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<sup>13</sup>. 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)<sup>14</sup>. Die oben aufgeführten Zulassungsbeschränkungen entfielen nach 1945, so daß – bei gleichlautendem § 138 – wieder eine freie Wahl des Verteidigers möglich wurde.

Übersicht

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

**I. Verteidiger (Abs. 1)**

Die **Wahl** – d. h. der Vertrag zwischen Beschuldigtem und Verteidiger – **genügt** (d. h. **1** es bedarf keines weiteren konstitutiven Zulassungsakts durch das Gericht), wenn es sich handelt um:

**1. In Deutschland zugelassene Rechtsanwälte.** Die Voraussetzungen, unter denen **2** jemand in Deutschland<sup>15</sup> zur Rechtsanwaltschaft zugelassen werden kann, sind erweitert worden<sup>16</sup> mit Rücksicht auf die Richtlinien der europäischen Gemeinschaft auf dem

<sup>12</sup> Ostler NJW 1979 1963.

<sup>13</sup> Ostendorf aaO.

<sup>14</sup> Ostendorf aaO 123.

<sup>15</sup> Zu den Voraussetzungen, unter denen nach dem Rechtsanwaltsgesetz der früheren DDR (RAG-DDR) zugelassene Rechtsanwälte tätig werden können und den damit verbundenen Übergangsregeln vgl. Feuerich/Braun<sup>5</sup> (2001) § 4, Rdn. 23 ff.

<sup>16</sup> 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. 182 ff (190). Demgemäß ist durch

Art. 10 Abs. 1 Ziff. 1 des gleichen Gesetzes das Rechtsanwalts-Dienstleistungsgesetz vom 17. 8. 1980 (zuletzt geändert 1994) (EuGRAG) außer Kraft gesetzt. Über die Rechtslage unter der Geltung dieses Gesetzes informiert die Voraufgabe (LR-Lüderssen<sup>24</sup> § 138, 6, 7). Über die Rechtslage nach Erlaß der Richtlinien (1998) bis zu deren nationalstaatlicher Umsetzung informieren Sobotta/Kleinschnittger, Freizügigkeit für Anwälte in der EU nach der Richtlinie 98/5/EG EUZW 1998, S. 1998, S. 645 ff (646 f).

Gebiete des Berufsrechts für Rechtsanwälte<sup>17</sup>. Danach sind (in dem neugefaßten) § 4 BRAO drei Möglichkeiten eröffnet:

- 3** – (bisher) **Befähigung zum Richteramt** nach dem DRiG. Erforderlich ist also die Ablegung der 1. und 2. juristischen Staatsprüfung (§§ 5a Abs. 1, 5 Abs. 1 DRiG) oder die – nicht an die Ablegung von Staatsprüfungen gebundene – Ernennung zum ordentlichen Professor des Rechts an einer Universität (§ 7 DRiG), wiewohl der Anwaltsberuf mit der Stellung als aktiver Beamter nicht vereinbar ist (§ 7 Nr. 1 DRiG). Diese Alternative hat also praktische Bedeutung nur für einen ordentlichen Professor, der seine Stellung nicht antritt oder wieder aufgibt oder entpflichtet ist<sup>18</sup>.
- 3a** – (neu) **Eingliederung nach dem EuRAG**<sup>19</sup>. In der Regel muß „eine mindestens dreijährige effektive und regelmäßige Tätigkeit als niedergelassener europäischer Rechtsanwalt in Deutschland auf dem Gebiete des deutschen Rechts einschließlich des Gemeinschaftsrechts“ nachgewiesen werden<sup>20</sup> (§ 11 Abs. 1 S. 1). Wie dieser Nachweis zu erbringen ist, bestimmt im einzelnen § 12.
- 3b** – (neu) **Eignungsprüfung**<sup>21</sup> **nach dem EuRAG**. Voraussetzung für die Ablegung der Eignungsprüfung ist, daß in einem Mitgliedsstaat der europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den europäischen Wirtschaftsraum eine Berufsausbildung abgeschlossen worden ist, „die zum unmittelbaren Zugang zum Beruf eines europäischen Rechtsanwalts (§ 1) berechtigt“ (§ 16 Abs. 1). 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 bescheinigt wird, der die Ausbildung anerkannt hat“ (§ 16 Abs. 2). Was die Anforderungen an die Eignungsprüfung angeht, so muß sie unter anderem dem „Umstand Rechnung tragen, daß der Antragsteller in einem Mitgliedsstaat der europäischen Union oder einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den europäischen Wirtschaftsraum über eine berufliche Qualifikation zur Ausübung des Rechtsanwaltsberufes verfügt“ (§ 17).
- 4** **Weitere formelle Voraussetzung** ist, daß der Rechtsanwalt über die Zulassung eine von der Landesjustizverwaltung ausgefertigte Urkunde erhält (§ 12 Abs. 2 in Verb. mit Abs. 1 BRAO). Die Befugnis, die Anwaltstätigkeit auszuüben, **beginnt** erst, wenn der Anwalt in die Liste der Rechtsanwälte (§ 31 Abs. 2 BRAO) eingetragen ist (§ 32 Abs. 1 BRAO), doch sind Prozeßhandlungen, die er zwischen Zulassung und Eintragung vornimmt, rechtswirksam (§ 32 Abs. 2 BRAO). Die Zulassung **erlischt**, wenn durch rechtskräftiges Urteil auf Ausschließung aus der Rechtsanwaltschaft erkannt ist (§ 13 BRAO), oder wenn die Justizverwaltung des Landes, in dem der Rechtsanwalt zugelassen ist, die Zulassung rechtskräftig zurückgenommen hat (§ 16 Abs. 1 BRAO).
- 5** **Nicht** erforderlich ist, daß die Rechtsanwälte bei dem deutschen Gericht **zugelassen** sind, bei dem die Verteidigung stattfinden soll<sup>22</sup>. Die beim **Bundesgerichtshof** zugelassenen Rechtsanwälte darf der Beschuldigte jedoch nur zur Verteidigung vor

<sup>17</sup> Vgl. die Aufzählung in dem in Fußn. 16 genannten Gesetz aaO S. 182.

<sup>18</sup> *Feuerich/Braun*<sup>5</sup> § 4, Rdn. 9.

<sup>19</sup> Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland, eingeführt durch Art. 1 des in Fußn. 16 genannten Gesetzes.

<sup>20</sup> Über Ausnahmen (Verkürzung der Frist) s. §§ 13 ff EuRAG.

<sup>21</sup> Einzelheiten sind in der Verordnung über die Eignungsprüfung für die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft in der Fassung des Art. 3 des in Fußn. 16 genannten Gesetzes (aaO S. 191) geregelt.

<sup>22</sup> Zu regionalen Restriktionen vgl. AK-*Stern* 11.

diesem Gericht, dem Bundesverfassungsgericht und internationalen oder zwischenstaatlichen Gerichten, etwa dem Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (Art. 19b EMRK), wählen (§ 172 Abs. 1 BRAO). 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 Besetzung) **gehören** jedoch schon **zur Verteidigung vor dem Bundesgerichtshof** und stehen daher auch dem am Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt zu, wenn auch die Schriften beim Landgericht einzureichen sind (§ 341 Abs. 1, § 345 Abs. 1).

**6** Wird gegen einen in Deutschland 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)<sup>23</sup>, nach einer vereinzelt vertretenen Ansicht auch dann, wenn er sie in eigener Sache vornimmt<sup>24</sup>, was indessen mit dem Charakter der Vorschrift als einer Schutzvorschrift für den gutgläubigen Mandanten kaum vereinbar ist. 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 Herkunftsstaates<sup>25</sup> 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 §§ 2 (2) sowie 3 und 4 festgelegt<sup>26</sup>.

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 Rechts- **7a**

<sup>23</sup> So auch KK-*Laufhütte*<sup>4</sup> § 138, 11; AK-*Stern* § 138, 11.

<sup>24</sup> OLG Oldenburg NdsRpfl. 1963 117.

<sup>25</sup> Daraus folgt, daß niedergelassene europäische Rechtsanwälte die Bezeichnung „europäischer

Rechtsanwalt“ als Berufsbezeichnung in der Werbung nicht verwenden dürfen (§ 5 EuRAG).

<sup>26</sup> Soweit es sich um Mitglieder von Sozietäten im Herkunftsland handelt, regelt § 8 EuRAG das Erforderliche.

anwalt anknüpfen“<sup>27</sup>. 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<sup>28</sup>. Für das Auftreten vor dem Bundesgerichtshof in Strafsachen gelten die im 8. Teil der BRAO ausgesprochenen Beschränkungen allerdings nicht. Daß auf diesen Teil der BRAO nicht verwiesen wird, ist also für den niedergelassenen europäischen Rechtsanwalt, der in einer Strafsache tätig wird, ohne Bedeutung.

- 7b** 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, EuRAG § 6 (4). 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).
- 7c** **3. Dienstleistende europäische Rechtsanwälte** (§§ 25 ff EuRAG). Er ist nicht zur deutschen Rechtsanwaltschaft zugelassen und kann auch nicht Mitglied der deutschen Rechtsanwaltskammer werden<sup>29</sup>. 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.
- 7d** – wenn es sich um **gerichtliche Verfahren wegen Straftaten**<sup>30</sup> geht, 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 (s. oben Rdn. 3a und 3b), nicht aber ein niedergelassener europäischer Rechtsanwalt<sup>30a</sup>.
- 7e** – bei Kontakten mit einem **nicht auf freiem Fuß** befindlichen Mandanten, § 30 (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 das 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 und den unmittelbaren schriftlichen Verkehr“ gestatten, § 30 (2) EuRAG. In diesem Zusammenhang ist die Regelung des § 30 (3) EuRAG zu beachten, wonach auf den Einvernehmensanwalt einige Vorschriften der StPO 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<sup>31</sup>.
- 7f** Der **niedergelassene europäische Rechtsanwalt** muß seine Berufsausübung in Deutschland einstellen, „wenn ihm seitens der zuständigen Stelle des Herkunftslandes die

<sup>27</sup> BR-Drucks. 567/99, S. 56.

<sup>28</sup> BR-Drucks. 567/99, S. 45.

<sup>29</sup> Es gibt aber Aufsichtsrechte der Rechtsanwaltskammer, vgl. §§ 26 (2), 32 (4) EuRAG.

<sup>30</sup> Mit „gerichtlichen Verfahren“ wohl nur die Hauptverfahren gemeint; Ermittlungs- und Vollstreckungsverfahren müßten mit dem Begriff der „behördlichen Verfahren“ erfaßt werden.

<sup>30a</sup> Vgl. auch *Werner* Der dienstleistende europäische Rechtsanwalt (auch als Strafverteidiger) nach dem EuRAG StraFo. 2001 221 (222).

<sup>31</sup> Bei § 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 (3) EuRAG (es bedarf keines Vertrages zwischen Einvernehmensanwalt und Mandant) nicht sagen können.

Berechtigung zur Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit vorläufig, zeitweilig oder dauernd entzogen worden ist, EuRAG § 6 (4). 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).

**4. Steuerberater, Steuerbevollmächtigte, Wirtschaftsprüfer und vereidigte Buchprüfer.** **8** 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<sup>32</sup>, soweit sie nicht, wenn die Verteidigung nicht notwendig ist, nach Abs. 2 als – alleiniger – Verteidiger ausdrücklich zugelassen werden.

**5. Rechtslehrer an deutschen Hochschulen.** Das sind **selbständig und hauptberuflich** **9** ein **Rechtsgebiet** in Lehre und Forschung vertretende Personen, also Professoren (auch Honorarprofessoren<sup>33</sup>, und entpflichtete Professoren<sup>34</sup>) und habilitierte Dozenten (es sei denn, sie haben einen anderen Hauptberuf), nicht Lehrbeauftragte<sup>35</sup>, wissenschaftliche Assistenten<sup>36</sup> und Mitarbeiter. Sie müssen einer deutschen Universität oder gleichgestellten **wissenschaftlichen** Hochschule angehören. **Fachhochschullehrer** sind demnach keine Rechtslehrer im Sinne der Vorschrift<sup>37</sup>. Diese Unterscheidung verstößt nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG<sup>38</sup>. Sie entspricht der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung zu § 67 VwGO, die als Unterscheidungskriterium die wissenschaftliche Zwecksetzung der Tätigkeit an wissenschaftlichen Hochschulen<sup>39</sup>, die Entstehungsgeschichte der Vorschrift<sup>40</sup> und die Notwendigkeit restriktiver Auslegung<sup>41</sup> anführt. Dieser Rechtsprechung hat sich der Bundesgerichtshof in einem obiter dictum angeschlossen<sup>42</sup>. Nicht erforderlich ist für die Eigenschaft des Rechtslehrers eine Tätigkeit im Rahmen eines juristischen Fachbereichs oder einer juristischen Fakultät. Unerheblich ist auch, daß der Hochschullehrer nach erfolgter Wahl zum Verteidiger an eine ausländische Hochschule wechselt<sup>43</sup>. Aus der Zulassung der Hochschullehrer durch die StPO folgt, daß sie eine Verteidigung auch geschäftsmäßig übernehmen dürfen, ohne eine Erlaubnis nach § 1 RBERG einzuholen<sup>44</sup>.

<sup>32</sup> OLG Hamburg NJW 1981 934; KG JR 1988 391 mit Anm. Hammerstein.

<sup>33</sup> AK-Stern 13; KMR-Müller<sup>7</sup> 1; HK-Julius<sup>3</sup> 5; Kleinknecht/Meyer-Göfner<sup>45</sup> 4; Schröter 38 mit weit. Nachw.; Kühne<sup>5</sup> 167. Die in der Voraufgabe vertretenen abweichende Auffassung wird aufgegeben.

<sup>34</sup> AK-Stern 13; KMR-Müller<sup>7</sup> 1.

<sup>35</sup> Schröter. 47 ff, 52 mit weit. Nachw.; AK-Stern 13; HK-Julius<sup>3</sup> 5; Kleinknecht/Meyer-Göfner<sup>45</sup> 4; Kühne<sup>5</sup> Rdn. 167; BerlVerfGH NJW 1995 1212; Deumeland SZS 1989 50. A. A KMR-Müller<sup>7</sup> 1; KK-Laufhütte<sup>4</sup> 5 (es sei denn, es ist ihm nicht erlaubt, selbständig zu lehren).

<sup>36</sup> Schröter 40.

<sup>37</sup> A. A OLG Dresden StraFo. 2000 338 mit nicht überzeugender Begr. s. auch OLG Jena StraFo. 1999 349 mit Anm. Deumeland; skeptisch gegenüber dieser Entwicklung auch HK-Julius<sup>3</sup> 5.

<sup>38</sup> BVerfG NJW 1975 2340.

<sup>39</sup> So BVerwG NJW 1975 1899 mit abl. Anm. Wochner und zust. Anm. Bieler NJW 1975 2356.

<sup>40</sup> BVerwG NJW 1979 1174; da der Gesetzgeber des Jahres 1960 Fachhochschulen noch nicht gekannt habe, sei der Rechtsbegriff Hochschule im hergebrachten Sinne zu verstehen.

<sup>41</sup> OVG Münster NJW 1980 1590 im Anschluß an Bieler NJW 1975 2356.

<sup>42</sup> BGHSt 34 87.

<sup>43</sup> OLG Koblenz NSZ 1981 403; zust. Kleinknecht/Meyer-Göfner<sup>45</sup> 4, der klarstellt, daß damit nicht die Übernahme neuer Mandate nach dem Auslandswechsel gemeint ist; vgl. dazu auch Bergmann MDR 1982 97.

<sup>44</sup> Gegen die Anwendbarkeit des RBERG auf Hochschullehrer des Rechts überhaupt überzeugend Kühne<sup>5</sup> 168 mit weit. Nachw.; 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 fragwürdig gewordener gesetzlicher Hürden, in: ders. Kriminalpolitik auf verschlungenen Wegen

Auch in bezug auf die Erstattung von Vergütungen sind die Hochschullehrer den Rechtsanwälten gleichgestellt<sup>45</sup>.

## II. Wahl

- 10 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 nach § 675 BGB<sup>46</sup>, der mit der Annahme durch den Gewählten zustande kommt<sup>47</sup>, und im Verhältnis nach außen, namentlich zum Gericht, die Bevollmächtigung. Ob der Gewählte **zustimmt**, steht ihm frei; eine Verpflichtung dazu besteht weder für Rechtsanwälte (§ 675, § 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<sup>48</sup>. 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)<sup>49</sup>.
- 12 2. Vertretungsvollmacht.** Von der Verteidigungsvollmacht ist die **Vertretungsvollmacht** zu unterscheiden<sup>50</sup>. 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 abgestellt zu werden<sup>51</sup>. 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)<sup>52</sup> 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), doch ist es zulässig, sie für sämtliche Zustellungen des Verfahrens abzugeben.
- 13 3. Nachweis der Vollmacht.** Eine Form ist nicht vorgeschrieben<sup>53</sup>. Es genügt, daß der Beschuldigte die Wahl anzeigt oder durch konkludente Handlungen erkennen läßt.

(1981) 175; s. ferner *Dombek* BRAK-Mitt. 2001 98 ff (99/100).

<sup>45</sup> Vgl. LR-*Hilger* § 464a, 44; s. auch OLG Düsseldorf NSiZ 1996 99 mit Anm. *Deumeland*.

<sup>46</sup> Zum Ganzen s. Vor § 137, 35.

<sup>47</sup> Schon damit ist das Verteidigerverhältnis begründet, *Weiß* NJW 1983 90; *Schnarr* NSiZ 1986 489.

<sup>48</sup> Zum Verhältnis zur bürgerlich-rechtlichen Vertretungsmacht und zum Vertrag vgl. Vor § 137, 79 ff.

<sup>49</sup> Zur Bevollmächtigung des Pflichtverteidigers vgl. § 141, 6.

<sup>50</sup> Vgl. Vor § 137, 107; LR-*Hanack* § 297, 7 ff.

<sup>51</sup> BGHSt 9 357.

<sup>52</sup> Zur Zustellungsvollmacht bei Hochschullehrern, vgl. BGH NSiZ 1997 145.

<sup>53</sup> Unzutreffende und widersprüchliche Begr. dieser allg. anerkannten Regel bei *Weiß* NJW 1983 90, 91.

Dazu reicht es aus, wenn er mit einem **Wahlverteidiger** zur Hauptverhandlung erscheint<sup>54</sup>. Dann ist die Vollmacht für alle nachfolgenden Verteidigungshandlungen nachgewiesen<sup>55</sup>.

Der **Nachweis der Vollmacht** kann auch **nachträglich** erbracht 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<sup>56</sup>. Soweit keine Fristen zu beachten sind, kann auch ganz vom Nachweis der Vollmacht abgesehen werden. Namentlich greift die Vermutung der Bevollmächtigung Platz, wenn ein Rechtsanwalt, der sich als Verteidiger bezeichnet, den der Beschuldigte aber nicht als solchen angezeigt hat, schriftliche Erklärungen zu den Akten einreicht<sup>57</sup>. 14

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 schriftlich zu tun<sup>58</sup>. Die Einwilligung des Beschuldigten in die Unterbevollmächtigung berührt nur die Beziehung zwischen ihm und dem Vertreter und ist dem Gericht nicht nachzuweisen. 15

**4. Dauer der Vollmacht.** Sie richtet sich nach ihrem Inhalt. Sie kann auf einzelne Prozeßhandlungen (Akteneinsicht) oder Verfahrensabschnitte (Haftverfahren, Tatsacheninstanz, Revisionsinstanz) beschränkt, auch zurückgenommen und vom Verteidiger, wenn auch nicht zur Unzeit (§ 34 Abs. 4 RiAA), gekündigt werden. Ist sie **nicht beschränkt**, gilt sie für die ganze Dauer des Verfahrens<sup>59</sup>, doch umfaßt die in der Prozeßvollmacht erteilte Ermächtigung, Rechtsmittel zurückzunehmen, nicht ohne weiteres auch die, einen Wiederaufnahmeantrag zurückzuziehen<sup>60</sup>. 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<sup>61</sup>, berechtigt also auch, in dem Verfahrensabschnitt Beschwerden einzulegen oder, wenn der Antrag abgelehnt worden ist, die Überprüfung erneut zu beantragen<sup>62</sup>. 16

Ein **Widerruf** der Vollmacht ist nicht schon darin zu erblicken, daß der Beschuldigte eine einzelne Prozeßhandlung selbst vornimmt<sup>63</sup>, kann aber darin liegen, daß er einen anderen Verteidiger bestellt<sup>64</sup>, wenn ersichtlich ist, daß der neue Verteidiger nicht neben den alten, sondern – wenn auch nur für eine bestimmte Prozeßhandlung – an dessen Stelle treten soll. 17

Die Vollmacht **endet**, wenn die Zulassung des Rechtsanwalts erlischt (§ 13 BRAO) oder zurückgenommen wird (§§ 14, 15 BRAO). Indessen bleibt, soweit nicht anders 18

<sup>54</sup> RGSt 25 153; § 145a, 9; zur konkludenten Vollmachtserteilung vgl. BGH NStZ-RR 1998 18. BGHSt 41 303: ersichtlich gemeinsames Auftreten genügt nicht; nur mündliche Vollmachtserteilung in der Hauptverhandlung, so auch *Kleinknecht/Meyer-Göbner*<sup>45</sup> 9.

<sup>55</sup> Zur Bedeutung des Nachweises der Vollmacht für die Rechtzeitigkeit des Eingangs der Revisionsbegründungsschrift BGH, Beschl. vom 27. 10. 1999 – 3 StR 267/99 = BGHR StPO, § 346 I Form. 1.

<sup>56</sup> RGSt 21 125; RGSt 46 372, RGSt 66 210; LR-*Hanack* § 297, 5.

<sup>57</sup> LG Dortmund AnwBl. 1977 118; weit. Einzelheiten bei *Ebert* DRiZ 1984 237.

<sup>58</sup> So OLG Hamm NJW 1963 1793.

<sup>59</sup> Vgl. zum Begriff § 137, 13.

<sup>60</sup> So OLG Braunschweig NdsRpfl. 1960 117.

<sup>61</sup> OLG Hamm NJW 1971 1418.

<sup>62</sup> Weitere Differenzierungen bei *Kaiser* NJW 1982 1368.

<sup>63</sup> RGSt 25 153.

<sup>64</sup> OLG Celle NdsRpfl. 1973 133.

vereinbart, eine in der Verteidigungsvollmacht enthaltene Vertretungsvollmacht wirksam. Auf jeden Fall endet die Vollmacht mit dem Tod des Beschuldigten<sup>65</sup>.

### 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. 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 in Verb. mit §§ 613, 664, 665 BGB) und ist das Verhältnis zwischen Beschuldigtem und Anwalt ein Vertrauensverhältnis (§ 43 S. 1 RiAA). 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 Zulässigkeit einer Unterbevollmächtigung kein Zweifel sein<sup>66</sup>. 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 Verfahren an die Stelle des zunächst gewählten Verteidigers tritt, häufiger diesen aber in der Weise unterstützen soll, daß er nach außen auftritt, der ursprüngliche Verteidiger aber die Leitung der Verteidigung behält.
- 20 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, s. Rdn. 11 – nicht nachzuweisen<sup>67</sup>. 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<sup>68</sup>. Sofern nicht 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<sup>69</sup>. 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.

<sup>65</sup> So ausdrücklich OLG Karlsruhe Justiz 1983 132 mit weit. Nachw.; a. A jedoch Kühl NJW 1978 977, 980 f, der mit OLG Hamm NJW 1978 177 unter Hinweis auf §§ 168, 672 BGB die Vollmacht für die Auslagenentscheidung aufrechterhalten will; dazu jedoch BGHSt 34 184 (= NSTZ 1987 336 mit krit. Anm. Kühl = JR 1987 346 mit Anm. Bloy) und LR-Hilger § 467, 10 ff; s. hierzu auch Pflüger NJW 1988 675; Beitzlich NSTZ 1988 490; vgl. weiterhin OLG Düsseldorf MDR 1993 162. Vgl. auch (zum Tod des Angeklagten) LR-Rieß § 206a, 36 ff.

<sup>66</sup> OLG Hamm JMBiNRW 1980 83, Kraft NJW 1963 1793; Schmid MDR 1979 804; ebenso OLG Düsseldorf StraFo. 1998 227.

<sup>67</sup> OLG Hamm NJW 1963 1793; JMBiNRW 1980 83; MDR 1985 157.

<sup>68</sup> RG GA 56 (1909) 87.

<sup>69</sup> RGSt 41 14; KG JR 1981 168; Kleinknecht/Meyer-Gofßner<sup>45</sup> Vor § 137, 11.



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 demselben Gericht zugelassenen Rechtsanwalt bestellen (§ 53 Abs. 2 BRAO). Dieser allgemeine Vertreter tritt ganz an die Stelle des gewählten Anwalts. Einer Untervollmacht im einzelnen Fall bedarf es nicht. 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<sup>70</sup>, nicht an, doch haben diese selbstverständlich das Recht, der Verteidigung durch den Vertreter zu widersprechen und einen neuen Verteidiger zu wählen. 21

d) **Personenkreis.** Als Unterbevollmächtigte können alle Personen bezeichnet werden, die befähigt sind, eine Verteidigung zu führen, d. h. regelmäßig 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. 22

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

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. 23

Der Kreis der Personen, die unter dieser Voraussetzung Verteidiger werden können, ist **nicht beschränkt**. Die Vorschrift des Abs. 2, daß 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<sup>71</sup>. 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“<sup>72</sup>. 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**<sup>73</sup>. Nach der Entstehungsgeschichte dient die Vorschrift also nicht dem Schutz der Interessen der zugelassenen Rechtsanwälte, sondern dem Vertrauensinteresse des Beschuldigten<sup>74</sup>. 24

<sup>70</sup> OLG Dresden *Alsb.* E I 137.

<sup>71</sup> *Hahn Mat.* 1 953.

<sup>72</sup> *Hahn Mat.* 2 1553; *HK-Julius* 3 2.

<sup>73</sup> Wegen des Ausnahmecharakters der Vorschrift vertritt allerdings das OLG Karlsruhe (JR 1987 387

mit Anm. *Hammerstein*) eine grundsätzlich restriktive Auslegung.

<sup>74</sup> KG JR 1956 29; OLG Bremen NJW 1951 123.

- 25** Zu diesem Vertrauensinteresse des Beschuldigten ist jetzt ein gleichwertiges Interesse des **Verletzten** getreten<sup>75</sup>. Daher sollte § 138 Abs. 2 auch dort angewendet 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 § 387<sup>76</sup> (unbeschadet dessen, daß es dort um den Rechtsanwalt des Angeklagten geht).
- 26** Andere Personen sind auch **ausländische**<sup>77</sup> und die nach Art. 1 § 1 RBERG zugelassenen<sup>78</sup> **Rechtsbeistände**, gleichgültig ob sie bei dem Gericht, wo sie verteidigen wollen, oder bei einem anderen zugelassen sind<sup>79</sup>. Auch Verwandte können gewählt werden, eine die Genehmigung ausschließende Interessenkollision kann nicht automatisch unterstellt werden<sup>80</sup>. Die Vorschrift ist anwendbar auch im Nebenstrafrecht<sup>81</sup>, dagegen unanwendbar in Auslieferungssachen<sup>82</sup>.
- 27** Die **Genehmigung muß das Gericht** nach pflichtgemäßem Ermessen erteilen. Die Versagung muß begründet werden<sup>83</sup>. Das Gericht darf auch die Zulassung nicht mit dem Hinweis auf eine allgemeine Übung des Gerichts versagen<sup>84</sup>. 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<sup>85</sup>. Wenn der Gewählte vertrauenswürdig ist und nach den Umständen des Falles in besonderem Maße die Befähigung zur Verteidigung besitzt, kann die Genehmigung nicht versagt werden<sup>86</sup>. Eine völlig unbedeutende Vorstrafe bietet für sich allein keinen Versagungsgrund<sup>87</sup>. Die Genehmigung kann auch stillschweigend durch Gewährung von Verteidigerrechten erfolgen<sup>88</sup>.
- 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 **Verfahrens-**

<sup>75</sup> Vgl. *Kleinknecht/Meyer-Goßner*<sup>45</sup> 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.

<sup>76</sup> Vgl. LR-*Hilger* § 387, 19 ff.

<sup>77</sup> *Hahn* Mat. 1 935; KK-*Laufhütte*<sup>4</sup> 13; vgl. aber zu den europäischen Anwälten oben Rdn. 4 ff.

<sup>78</sup> BGH, Beschl. vom 12. 10. 1998 5 StR 487/98. A. A BayObLGSt 1971 177; OLG Dresden NJW 1998 90; BVerfG NJW 1988 545; Nach LG Dresden, Beschl. vom 30. 5. 1987 – 3 StR 3/87 soll es bei fehlender Zulassung auf das Vertrauensverhältnis ankommen; zur Funktion des RBERG vgl. auch oben Fußn. 44.

<sup>79</sup> Vgl. BVerfGE 41 389.

<sup>80</sup> OLG Hamm MDR 1978 509 zum Schwiegersohn als Verteidiger; zum gesetzlichen Vertreter s. OLG Schleswig SchlHA 1986 104.

<sup>81</sup> OLG Koblenz NStZ 1981 489.

<sup>82</sup> OLG Koblenz MDR 1982 429: wegen Spezialität von § 53 IRG (BGBl. I 1982 2071).

<sup>83</sup> Vgl. OLG Zweibrücken, Beschl. vom 31. 3. 1993 – 1 Ss 73/93.

<sup>84</sup> BayObLGSt 1954 33.

<sup>85</sup> BayObLG MDR 1978 862; zust. auch KK-*Laufhütte*<sup>4</sup> 8; vgl. auch LG Dresden, Beschl. vom 30. 5. 1987 – 3 StR 3/87.

<sup>86</sup> OLG Bremen NJW 1951 123; zust. Dalcke-*Fuhrmann*<sup>37</sup> 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.

<sup>87</sup> OLG Hamburg NJW 1955 644.

<sup>88</sup> RGSt 55 213; OLG Düsseldorf OLGSt (alt) Nr. 2 zu § 138 Abs. 2 u. StraFo. 2001 270. BayObLG NStZ 1997 424; BGH StV 1993 113; Dalcke-*Fuhrmann*<sup>37</sup> 5.

**abschnitt** bestelle. In diesem Fall erfaßt die Genehmigung auch nur die Wahl für diesen Abschnitt<sup>89</sup>. Darüber hinaus ist es unzulässig, daß das Gericht bei unbeschränkter Wahl eine beschränkte Genehmigung erteilt<sup>90</sup>. 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<sup>91</sup>. Die Genehmigung wirkt aber zurück, so daß bereits vorgenommene Prozeßhandlungen mit der Genehmigung wirksam werden<sup>92</sup>.

Das Gericht ist befugt, die Genehmigung wieder **zurückzunehmen**. 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; daß von jemandem, der fremde Rechtsangelegenheiten betreibt, bekannt wird, ihm fehle die nach Art. 1 § 1 RBerG erforderliche Genehmigung; oder daß sonst Irrtümer obgewaltet haben<sup>93</sup>. Das **Rechtsmittelgericht** kann eine andere Beurteilung zugrunde legen als der *judex a quo*<sup>94</sup>. Es kann also im Gegensatz zum Vorderrichter die Genehmigung versagen, aber nur mit Wirkung für die Zukunft<sup>95</sup>. Die Entscheidung ergeht durch **Beschluß**, der im Fall der Ablehnung und der Rücknahme zu begründen ist (§ 34). Wird die Genehmigung **stillschweigend** erteilt, ist sie gleichwohl rechtswirksam<sup>96</sup>, wenn die Handlungen, aus denen sich die Genehmigung schlüssig ergeben soll, klar erkennen lassen, daß das Gericht den Willen gehabt hat, die Bestellung zu genehmigen<sup>97</sup>.

**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<sup>98</sup>. Der *judex a quo* braucht jedoch nicht zu entscheiden, sondern kann die Entscheidung dem *judex ad quem* überlassen<sup>99</sup>.

Im Vorverfahren gilt § 141 Abs. 4 in der Weise entsprechend, daß über die Genehmigung das Gericht (§ 138 Abs. 2; nicht sein Vorsitzender) entscheidet, das für das Hauptverfahren zuständig ist<sup>100</sup>. Bei **Eilbedürftigkeit** soll auch der Ermittlungsrichter zuständig sein<sup>101</sup>.

Gegen die Entscheidung des Gerichts ist die **Beschwerde** zulässig, wenn es sich nicht um Beschlüsse der Strafsenate (§ 304 Abs. 4) handelt. Es handelt sich dabei nicht etwa um eine Entscheidung im Sinne von § 305 S. 1<sup>102</sup>. 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 Rechtsbeistand<sup>103</sup> oder

<sup>89</sup> RGSt 9 80; BGH StV 1993 113 zust., daß die Verteidigung sich auf das gesamte Verfahren erstreckt.

<sup>90</sup> RGSt 9 80; *Eb. Schmidt* 15; *Dalcke-Fuhrmann*<sup>37</sup> 5; a. A *KMR-Müller*<sup>7</sup> 13.

<sup>91</sup> RGSt 55 214.

<sup>92</sup> OLG Hamm MDR 1951 503; OLG Schleswig SchlHA 1986 105; *Dalcke-Fuhrmann*<sup>37</sup> 5.

<sup>93</sup> BayObLGSt 1953 15.

<sup>94</sup> BGHSt 8 196.

<sup>95</sup> Zust. *AK-Stern* 27.

<sup>96</sup> RGSt 55 213.

<sup>97</sup> RGSt 61 106.

<sup>98</sup> § 321, § 347 Abs. 2; 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*<sup>37</sup> 6.

<sup>99</sup> *Seibert JZ* 1951 440.

<sup>100</sup> Ebenso *KK-Laufhütte*<sup>4</sup> 10

<sup>101</sup> BGH StV 1993 113.

<sup>102</sup> OLG Düsseldorf NStZ 1988 91.

<sup>103</sup> BayObLGSt 1954 53; OLG Bremen NJW 1951 123.

eine nicht in dieser Stellung befindliche „andere Person“ ist<sup>104</sup>. 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“<sup>105</sup> darf nicht gefordert werden. Auch Privat- oder Nebenkläger haben ein Beschwerderecht<sup>106</sup>, ferner der Verletzte. Zwar kann die Entscheidung vom Beschwerdegericht nur auf Rechtsfehler hin untersucht werden, dazu gehört aber auch ein rechtsfehlerhafter Ermessensgebrauch<sup>107</sup>. Hier fließt also die verwaltungsrechtliche Ermessenslehre ein.

- 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<sup>108</sup>.
- 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<sup>109</sup>. Er muß sie jedoch im Falle notwendiger Verteidigung von einer nach Abs. 1 wählbaren Person mit unterzeichnen lassen, um sie wirksam zu machen<sup>110</sup>. Die Genehmigung kann zwar zurückgenommen werden<sup>111</sup>; 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 Rdn. 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<sup>112</sup>. Dieser andere Verteidiger kann nach § 138 Abs. 1 gewählt oder nach § 141 bestellt werden. Das Gesetz verschleiert 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

<sup>104</sup> OLG Oldenburg NJW 1958 33.

<sup>105</sup> OLG Hamburg MDR 1969 598.

<sup>106</sup> So auch HK-*Julius*<sup>3</sup> 13.

<sup>107</sup> OLG Düsseldorf MDR 1983 600; OLG Düsseldorf NSTZ 1988 91; nach AK-*Stern* 38 hingegen soll das Beschwerdegericht in vollem Umfang überprüfen müssen.

<sup>108</sup> *Eb. Schmidt* 11.

<sup>109</sup> BayObLGSt 1955 256; zust. KK-*Laufhütte*<sup>4</sup> 12.

<sup>110</sup> BGHSt 32 326.

<sup>111</sup> Vgl. Rdn. 19.

<sup>112</sup> So auch BayObLG NJW 1991 2434.

§ 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.

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 **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<sup>113</sup>. Diese Prüfung hat aber ohnehin, unabhängig von den 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 § 140<sup>114</sup>), 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 „haben“. 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 genera-

<sup>113</sup> S. § 140, 7 ff.

<sup>114</sup> Vgl. dazu § 140, 6.

lisierende 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.

### § 138a

**(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 Fuße 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 § 129a des Strafgesetzbuches zum Gegenstand hat, ist ein Verteidiger auch auszuschließen, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, daß er einen der in Absatz 1 Nr. 1 und 2 bezeichneten Handlungen begangen hat oder begeht.**

**(3) <sup>1</sup>Die Ausschließung ist aufzuheben,**

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

<sup>2</sup>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) <sup>1</sup>Solange ein Verteidiger ausgeschlossen ist, kann er den Beschuldigten auch in anderen gesetzlich geordneten Verfahren nicht verteidigen. <sup>2</sup>In sonstigen Angelegenheiten darf er den Beschuldigten, der sich nicht auf freiem Fuße befindet, nicht aufsuchen.**

**(5) <sup>1</sup>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. <sup>2</sup>Absatz 4 gilt entsprechend.**

**Schrifttum zu den §§ 138a bis 138d.** Ausschließung und Überwachung des Verteidigers. Stellungnahme des Strafrechtausschusses der BRAK vom 13. Sept. 1977 zum Entwurf eines Strafverfahrensänderungsgesetzes (Kabinettsvorlage des Bundesministers der Justiz vom 25. August 1977) etc., *Bohnert* Beschränkungen der strafprozessualen Revision durch Zwischenverfahren (1983); *Brei* Grenzen zulässigen Verteidigerhandelns (1991); BRAK-Mitt. 1978 15; *Baumann* Strafprozeßreform in Raten, ZRP 1975 38; *Dahs* Ausschließung und Überwachung des Strafverteidigers – Bilanz und Vorschau, NJW 1975 1385; *Dahs* Das „Anti-Terroristen-Gesetz“ – eine Niederlage des Rechtsstaates, NJW 1976 2145; *Dencker* Die Ausschließung des Pflichtverteidigers, NJW 1979 2176; *Donus* Ausschließung und Überwachung des Verteidigers im Strafverfahren, Diss. Tübingen 1978; *Dünnebiel* Ausschließung von Verteidigern und Beschränkung der Verteidigung. Verfahren – Rechtsmittel – Vollstreckung, NJW 1976 1; *Feuerich* Verhältnis des ehrengerichtlichen Verfahrens zum Straf- oder Bußgeldverfahren, NJW 1988 181; *Göddeke* Verteidigerausschluß aufgrund „Verdachts“? DuR 1975 325; *Fezer* Zur Struktur des Ausschlußverfahrens gemäß § 138a ff StPO GedS Karlheinz Meyer (1990) 81; *Görlitz* Verkehrsrecht des Verteidigers, ZRP 1977 174; *Groß* Die gesetzliche Regelung des Verteidiger-Ausschlusses, ZRP 1974 25; *Groß* Der erweiterte Verteidigerausschluß nach § 138a II StPO – eine Fehlentscheidung des Gesetzgebers, NJW 1975 422; *Holtz* Eine gesetzliche Regelung der Ausschließung des Verteidigers? JR 1973 357; *Jescheck* Die Ausschließung des Verteidigers in rechtsvergleichender Sicht, FS Dreher 783; *Knapp* Verteidigung des Rechtsstaats durch Bekämpfung des Verteidigers? AnwBl. 1975 373; *Krekeler* Strafrechtliche Grenzen der Verteidigung, NStZ 1989 146; *Lamberti* Strafvereitelung durch Strafverteidiger (1988); *E.-J. Lampe* Der Ausschluß des Verteidigers im Entwurf des Zweiten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrensrechts, JZ 1974 696; *J. Lampe* Anlaufschwierigkeiten des neuen Strafverfahrensrechts (Streitfragen beim Ausschluß des Strafverteidigers und im Strafvollzugsrecht), MDR 1975 529; *Lantze* Eine gesetzliche Regelung der Ausschließung des Verteidigers? JR 1973 357; *Liemersdorf* Die Grenzziehung zwischen zulässigem und unzulässigem Verhalten eines Strafverteidigers im Umgang mit seinen Mandanten, MDR 1989 179; *Maul* Gesetz gegen Terrorismus und Rechtsstaat, DRiZ 1977 207; *Mehle* Strafvereitelung durch Wahrnehmung prozessualer Rechte? FS Koch 179; *Otto* Strafvereitelung durch Verteidigerhandeln, Jura 1987 329; *Parigger* Die Ausschließung des Strafverteidigers de lege lata – de lege ferenda FS Koch 199; *Paulus* Dogmatik der Verteidigung, NStZ 1992 305 ff; *Rebmann* Inhalt und Grenzen des Straftatbestandes „Werben für eine terroristische Vereinigung“ nach § 129a StGB, NStZ 1981 457; *Remagen-Kemmerling* Der Ausschluß des Strafverteidigers in Theorie und Praxis (1992); *Rieß* Der Ausschluß des Verteidigers in der Rechtswirklichkeit, NStZ 1981 328; *Rudolph* Gesetzliche Regelung der Ausschließung des Verteidigers, DRiZ 1973 257; *Schmidt-Leichner* Der Ausschluß des Verteidigers, NJW 1973 696; *Schmidt-Leichner* Strafverfahrensrecht 1975 – Fortschritt oder Rückschritt? NJW 1975 417; *Seelmann* Die Ausschließung des Verteidigers, NJW 1979 1228; *Sturm* Zur Bekämpfung terroristischer Vereinigungen – Ein Beitrag zum Gesetz vom 18. August 1976, MDR 1977 6; *Ulsenheimer* Zur Regelung des Verteidigerausschlusses in §§ 138a–d, 146 n. F. StPO, GA 1975 103; *Vogel* Strafverfahrensrecht und Terrorismus – eine Bilanz, NJW 1978 1217; *Vogt* Berufstypisches Verhalten und Grenzen der Strafbarkeit im Rahmen der Strafverteidigung (1992); *von Stetten* Die Sperrwirkung des § 258 StGB im Rahmen der Tätigkeit eines Strafverteidigers, StV 1995 606; *Wappler* Der Erfolg der Strafvereitelung (§ 258 Abs. 1 StGB) (1998); *Wasserburg* Ausschluß des Verteidigers von der Verhandlung bei Gefährdung des Zeugen, FS II Peters 285; *Wunsch* Richterprivileg – Verteidigerprivileg, StV 1997 45; *Wuttke* Ausschließung des Strafverteidigers, NJW 1972 1884. Literatur zur Rechtslage vor der Diskussion über die Einführung einer gesetzlichen Regelung vgl. 23. Auflage.

**Entstehungsgeschichte.** Die Vorschrift ist eingefügt worden durch Art. 1 Nr. 6 des 1. StVRErgG. Es handelt sich dabei um die „ersten durch die Terrorismuskriminalität, namentlich durch die Ermordung des Kammergerichtspräsidenten von Drenckmann ausgelösten strafverfahrensrechtlichen Änderungen“<sup>1</sup>. Die Einfügung ist auch eine

<sup>1</sup> *Vogel* als amtierender Bundesjustizminister, NJW 1978 1217 ff, 1219; vgl. auch aus der dritten Beratung des Gesetzesentwurfs im Bundestag,

138. Sitzung am 18. 12. 1974, S. 9515 des Sitzungsprotokolls mit der Stellungnahme des CDU- Abgeordneten *Lenz*.

direkte Folge des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 14. 2. 1973<sup>2</sup>, der die Ausschließung von Rechtsanwalt Schily als Wahlverteidiger von Gudrun Ensslin im Baader-Meinhof-Verfahren wegen fehlender gesetzlicher Grundlage für unzulässig erklärt, gleichzeitig aber auf diesen „höchst unbefriedigende(n)“ Rechtszustand hingewiesen hat, den es „in naher Zukunft“ zu beseitigen gelte.

Der jetzige Abs. 4 war zunächst in Abs. 2 S. 2 geregelt. Die Umstellung ist bewirkt worden durch Art. 2 Nr. 2 Buchst. a des StGBÄndG vom 18. 8. 1976. Durch Art. 2 Nr. 2 Buchst. b desselben Gesetzes wurde Abs. 2 angefügt. Im Rahmen dieses sog. „Anti-Terrorismogesetzes“<sup>3</sup> sollten durch die Erstreckung des Verteidigerausschlusses auch auf andere Verfahren „Zweifel, die bei der Anwendung in der Praxis aufgetreten sind, ausgeräumt werden“<sup>4</sup>. Die Neufassung des § 138a vom 14. 4. 1978 durch das StPÄG 1978 ist eines der Ergebnisse weiterer Beratungen zur Terrorismusbekämpfung<sup>5</sup>. Vogel bezeichnete es als „Vorweggesetz zur Verwirklichung besonders dringlicher gesetzgeberischer Maßnahmen nach den Erfahrungen aus den Terroranschlägen Buback, Ponto und Schleyer“<sup>6</sup>.

Die **Ausschließungsgründe** der Abs. 1 und 2 a. F. sind, durch das StPÄG 1978 neu geordnet, in Abs. 1 zusammengestellt<sup>7</sup>. Bei der Begehung von Straftaten (Abs. 1 Nr. 2) wurde die Beschränkung auf einen gewissen Strafraum (Abs. 2 Nr. 1 a. F.) aufgegeben. Der **Verdachtsgrad** des bisherigen Abs. 1 wurde auf alle bisherigen Ausschließungsgründe ausgedehnt (Abs. 1, Eingang). Neu eingefügt wurde Abs. 2, der in Strafsachen nach § 129a StGB bei **minderem Verdachtsgrad** die Ausschließung als Verteidiger zuläßt. Zum Ausgleich erweiterte Absatz 3 die **Aufhebungsgründe** und engte den bisherigen einzigen (Abs. 3 a. F.) dahin ein, daß der Wegfall der Verwahrung – entgegen der bisherigen Rechtslage<sup>8</sup> – allein nicht zur Aufhebung der Ausschließung führt (Abs. 3 Nr. 1 am Ende – „jedoch nicht“–). Das zuvor allein in Absatz 4 geregelte Verteidigungsverbot wurde zu Satz 1 und in Abs. 4 S. 2 durch ein **Besuchsverbot** erweitert. Die auf andere Beschuldigte bezogenen **Verteidigungsverbote** (Abs. 5) wurden in mehrfacher Hinsicht erweitert<sup>9</sup>.

Übersicht

	Rdn.		Rdn.
<b>A. Allgemeines</b>		2. Nähe zur angeklagten Tat	
<b>I. Verfassungsmäßigkeit</b> . . . . .	1	a) Beteiligung an der Tat	
<b>II. Grundbegriffe</b>		(Abs. 1 Nr. 1) . . . . .	23
1. Verteidiger . . . . .	3	b) Unterstützung nach der Tat	
2. Verfahren . . . . .	10	(Abs. 1 Nr. 3). Allgemeines . . . . .	26
3. Mitwirkung . . . . .	12	c) Begünstigung und Hehlerei . . . . .	33
4. Ausschließung . . . . .	13	d) Strafvereitelung . . . . .	35
<b>B. Die Regelungen im Einzelnen</b>		aa) Keine Erfüllung des objek-	
<b>I. Die Ausschließungsgründe</b>		tiven Tatbestandes bei eigen-	
1. „Normale“ Verfahren. Allgemeine		verantwortlichem Verteidi-	
Voraussetzung: Verdachtsgrad . . . . .	15	gungsverhalten des Beschul-	
		digten. Allgemeines . . . . .	36
		bb) Einfluß des Verteidigers auf	
		den Beschuldigten . . . . .	38

<sup>2</sup> BVerfGE 34 293 ff.

<sup>3</sup> Vogel NJW 1978 1220.

<sup>4</sup> Bericht des BTRAussch., BTDrucks. 7 5401 zu Nr. 1 (§ 138a) Abs. 3 S. 2, S. 71.

<sup>5</sup> BTDrucks. 8 322; 8 976, 8 1283; 8 1482.

<sup>6</sup> NJW 1978 1217 ff, 1221.

<sup>7</sup> Kröpil DRiZ 1996 448.

<sup>8</sup> LR-Dünnebieber<sup>23</sup> 56.

<sup>9</sup> Begr. BTDrucks. 8 976, S. 38, 39; zu weit. Einzelheiten s. Rdn. 159.



	Rdn.
cc) Verhalten des Verteidigers gegenüber Zeugen . . . . .	49
dd) Weitere Fälle . . . . .	56
ee) Rechtfertigung bei nicht eigenverantwortlichem Verteidigungsverhalten des Beschuldigten. Allgemeines . . . . .	65
ff) Probleme des subjektiven Tatbestandes und der Schuld . . . . .	77
gg) Zusammenfassung . . . . .	79
3. Mißbrauch des Verkehrsrechts (Abs. 1 Nr. 2) . . . . .	90
a) Allgemeine Voraussetzungen . . . . .	91
b) Begehung von Straftaten . . . . .	94
c) Gefährdung der Sicherheit einer Vollzugsanstalt . . . . .	99
4. Verfahren über Straftaten nach § 129a StGB (Abs. 2) . . . . .	103
a) Verhältnis zu Abs. 1 . . . . .	104
aa) Abweichungen . . . . .	104
bb) Parallelen . . . . .	106
cc) Subsidiäre Geltung des Abs. 1 . . . . .	107
b) Besonderheiten . . . . .	109
aa) Beteiligung des Verteidigers . . . . .	109
bb) Probleme des Verfahrens . . . . .	122

**II. Wirkungen (Abs. 4 und 5)**

	Rdn.
1. Verteidigungsverbote (Abs. 4 S. 1, Abs. 5 S. 1) . . . . .	125
a) In anhängigen Verfahren . . . . .	126
b) In anderen Verfahren . . . . .	130
2. Besuchsverbote (Abs. 4 S. 2; Abs. 5 S. 2) . . . . .	137
3. Verfahrensfragen . . . . .	146

**III. Aufhebung der Ausschließung (Abs. 3)**

	Rdn.
1. Wegfall der Voraussetzungen (Satz 1 Nr. 1) . . . . .	149
2. Freispruch im Strafverfahren oder Nichtfeststellung des Sachverhalts in Ehren- oder Berufsgerichtsverfahren (Satz 1 Nr. 2) . . . . .	155
3. Ablauf eines Jahres ohne Verfahrenseröffnung oder Strafbefehlserlaß (Satz 1 Nr. 3) . . . . .	158
4. Befristung, Aufrechterhaltung für die Dauer eines Jahres (Satz 2) . . . . .	159
5. Die Verteidigungs- und Kommunikationsverbote . . . . .	160

*Alphabetische Übersicht*

	Rdn.		Rdn.
Anknüpfungstatsachen . . . . .	17	Umgang mit Beweismitteln . . . . .	64
Aufhebung der Ausschließung . . . . .	149 ff	Unschuldsvermutung . . . . .	19
Begünstigung . . . . .	33	Unterstützung nach der Tat . . . . .	26
Beschuldigter . . . . .		Verdachtsbegriffe . . . . .	16
Eigenverantwortliches Verteidigungsverhalten . . . . .	36	Verdachtsgrad . . . . .	15
Einfluß des Verteidigers . . . . .	38	einfacher . . . . .	15
Teilnahme am Aussagedelikt . . . . .		gesteigertes . . . . .	
des Zeugen . . . . .	51c ff	Verdachtstatsachen . . . . .	20
Benennung von Entlastungszeugen . . . . .	51 ff	Verdachtsstufe, äußerste . . . . .	29
Einflußnahme auf den die Aussage verweigernden Zeugen . . . . .	54	Verfassungsmäßigkeit . . . . .	1
Einflußnahme auf Strafantragsberechtigte . . . . .		Verteidiger . . . . .	
Nicht auf freiem Fuß befindlich . . . . .	92	Abraten vom Geständnis . . . . .	44
Beteiligung an der Tat . . . . .	23	Begehung von Straftaten . . . . .	94
„Captadonfall“ . . . . .	37	Benennung von Entlastungszeugen . . . . .	51 f
Harmonisierung der Beurteilungskriterien . . . . .	29	Besuchsverbot . . . . .	137
Hehlerei . . . . .	33	Beteiligung an Falschaussage eines Zeugen . . . . .	50
Kassiberschmuggel . . . . .	61	dominanter . . . . .	72
Mitbeschuldigter . . . . .	56	Einflußnahme auf den die Aussage verweigernden Zeugen . . . . .	54
Mißbrauch des Verkehrsrechts . . . . .	90 ff	Einflußnahme auf Strafantragsberechtigte . . . . .	72
Rechtfertigung . . . . .	65 f	Kommunikationsverbot . . . . .	160
„Schmerzensgeldfall“ . . . . .	51	Mitteilung der bevorstehenden Verhaftung . . . . .	60
Straftaten nach § 129a StGB . . . . .	103, 109	Rat an den Beschuldigten, die Einlassung zu verweigern . . . . .	41
Strafvereitelung . . . . .	35		

	Rdn.		Rdn.
Rat zu schweigen	42	Verteidigungsverbot	125 ff
Rat zum Widerruf des Geständnisses	45	Verurteilung, hohe Wahrscheinlichkeit	20
Rat zur Flucht	48	Verurteilungswahrscheinlichkeit, überwiegende	18
Täterschaft und Teilnahme	43	Vortat	29

## A. Allgemeines

### I. Verfassungsmäßigkeit

- 1 Der Wesensgehalt des gemäß Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG durch Gesetz einschränkbareren **Grundrechts auf freie Berufsausübung** ist **nicht angetastet** (Art. 19 Abs. 2 GG)<sup>10</sup>. Auch die dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20, 28 GG) zu entnehmende Forderung nach dem fairen Verfahren<sup>11</sup>, zu dem gehört, daß der Beschuldigte einen – seine Partei nehmenden – Verteidiger seines Vertrauens hat<sup>12</sup>, bleibt erfüllbar<sup>13</sup>. Die gesetzlichen Einschränkungen der Geltung des aus dem Prinzip seiner Autonomie hervorgehenden Rechts des Beschuldigten zum Vertragsabschluß mit einem Verteidiger respektieren die immanenten Grenzen, welche die einschlägigen Artikel des Grundgesetzes (Art. 1, 2 GG) hierziehen<sup>14</sup> – unerachtet der Kritik, die man an der Heterogenität der mit der Ausschließregelung verfolgten Zwecke<sup>15</sup> üben kann<sup>16</sup>.
- 2 Das Bundesverfassungsgericht hat die gesetzliche Regelung des § 138a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 a. F. für verfassungsgemäß erklärt<sup>17</sup>. Der Fall bot dem Gericht wohl keine Veranlassung, zu dem **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** Stellung zu nehmen. Erinnerung man sich aber daran, daß das Gericht vor BVerfGE 34 293<sup>18</sup> alle ihm mit Verfassungsbeschwerde unterbreiteten Ausschließungsentscheidungen wegen Verletzung jenes Grundsatzes aufgehoben hat<sup>19</sup>, so tritt dessen Bedeutung deutlich hervor. Gewiß hat der Gesetzgeber einen Spielraum, wie er die Ausschließungsgründe abgrenzt, und nach fester Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat dieses nicht zu prüfen, ob der Gesetzgeber die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung gefunden hat. Daher wird bei Abs. 1 Nr. 1 und 3 wenig Raum für richterliche Abwägung sein. Aber das im Grundgesetz verankerte Prinzip der Verhältnismäßigkeit geht dem allgemeinen Gesetz vor und beansprucht seine Geltung in Randfällen, die in Abs. 1 Nr. 2 sicher auftreten werden, weil Nr. 2 1. Alt. praktisch das gesamte Strafgesetzbuch umfaßt und der Begriff der Sicherheit einer Vollzugsanstalt (Nr. 2 2. Alt.) recht weiter Auslegung zugänglich

<sup>10</sup> BVerfG NJW 1975 2341 = AnwBl. 1975 366. Entschieden hat allerdings nur der Vorprüfungs- bzw. Dreierausschuß, ohne eingehende Begr. Der Beschluß bezieht sich auf BGH AnwBl. 1975 243, dieser auf OLG Stuttgart AnwBl. 1975 213.

<sup>11</sup> BVerfGE 66 313, 318 f; st. Rspr. (vgl. z. B. BVerfGE 26 66, 71; 38 105, 111; 46 202, 210)

<sup>12</sup> S. auch BVerfGE 68 273, 255.

<sup>13</sup> Grundlegend BVerfGE 19 342, 347 ff; 20 45, 49 ff; 30 367, 383; 38 105, 111 ff; 41 246, 250; 53 152.

<sup>14</sup> Grundlegend BVerfGE 6 32, 37 f; 30 1, 26; 45 187, 242.

<sup>15</sup> Seelmann NJW 1979 1129; Groß ZRP 1974 30; Ulsenheimer GA 1975 106 ff. Eine Beschränkung

des Verteidigerausschlusses auf die Fälle der Interessenkollision zwischen Verteidiger und Beschuldigtem hat der Arbeitskreis Strafprozeßreform (133 ff) vorgeschlagen.

<sup>16</sup> Eine sehr weitgehende politische Kritik findet sich bei Bakker/Schut Stammheim (1986) 135 ff; generalisierend-kritische Bemerkungen zu diesem Buch freilich bei Heldmann StV 1988 183. Reformvorschläge haben Parigger 214 und Remagen-Kemmerling 192 ff unterbreitet.

<sup>17</sup> Vgl. Fußn. 10.

<sup>18</sup> BVerfGE 34 293 = NJW 1973 689 = AnwBl. 1973 107.

<sup>19</sup> BVerfGE 15 234; 16 220; 22 133.

ist. Bei der Entscheidung gemäß § 138a ist daher immer zu beachten, ob die Ausschließung gegenüber den sonstigen Hilfsmitteln der Strafprozeßordnung die angemessene Lösung ist<sup>20</sup>.

## II. Grundbegriffe

**1. Verteidiger.** Der Begriff deckt sich mit dem des § 138<sup>21</sup>. Ob die §§ 138a bis 138d auch auf Pflichtverteidiger anzuwenden sind, ist allerdings – obwohl der Bundesgerichtshof sich inzwischen dafür ausgesprochen hat<sup>22</sup> – immer noch umstritten<sup>23</sup>.

Die Ablehnung einer Geltung der §§ 138a bis 138d für **Pflichtverteidiger** wird in erster Linie auf die Entstehungsgeschichte gestützt. In seiner Entscheidung vom 14. 2. 1974 habe das Bundesverfassungsgericht<sup>24</sup> lediglich eine Gesetzeslücke im Bereich des Verteidigerausschlusses aufgedeckt. Der Gesetzgeber habe dementsprechend auch nur diese Lücke durch Einfügung der §§ 138a ff schließen wollen. Auch der Standort der eingefügten Vorschriften innerhalb der StPO zeige diesen Willen des Gesetzgebers. Die Platzierung der Vorschriften über den Verteidigerausschluß direkt im Anschluß an § 138 (Wahlverteidiger) mache deutlich, daß der Gesetzgeber dieses Verfahren nur auf Wahlverteidiger angewendet sehen wolle. Anderenfalls hätte er das Verfahren am Beginn oder am Ende des gesamten Abschnittes „Verteidigung“ geregelt. Die Bestellung als Pflichtverteidiger könne in den fraglichen Fällen ohne weiteres nach § 143 zurückgenommen werden. Dies allein entspreche den praktischen Erwägungen und sei wesentlich einfacher als das schwerfällige Ausschließungsverfahren für **Wahlverteidiger**<sup>25</sup>. Diese Argumente überzeugen jedoch nicht<sup>26</sup>.

Die Vertreter der Gegenmeinung übersehen, daß das Bundesverfassungsgericht<sup>27</sup> seinerzeit **keineswegs** völlig eindeutig **nur in Bezug auf den Wahlverteidiger** eine Gesetzeslücke festgestellt hat. Aber selbst wenn man das anders interpretiert, darf nicht gefolgert werden, das Bundesverfassungsgericht habe gleichzeitig ausgesprochen, die Materie des Pflichtverteidigerausschlusses sei zur Genüge gesetzlich geregelt (in dem damaligen Verfahren war ein Wahlverteidiger betroffen, so daß der Senat sich mit der Frage des Pflichtverteidigerausschlusses nicht zu beschäftigen brauchte<sup>28</sup>). Auch wenn die Aufforderung des Bundesverfassungsgerichts dahin zu verstehen ist, der Gesetzgeber möge eine Gesetzeslücke im Bereich des *Wahlverteidigerausschlusses* schließen, kann es damit dem Gesetzgeber nicht die Hände gebunden haben. Vielmehr kann der Gesetzgeber die Gesetzeslücke aufgrund eigener Initiative bei der Regelung des Wahlverteidigeraus-

<sup>20</sup> Vgl. die von *Seelmann* (NJW 1979 1132 ff) vorgeschlagenen milderen Mittel als Ersatz für die Ausschließung des Verteidigers. BVerfG NJW 1975 2341 hat jedoch für Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 einen auf Nicht-Berücksichtigung der Möglichkeit eines milderen Mittels gestützten Verstoß gegen das Übermaßverbot ausdrücklich verneint.

<sup>21</sup> Vgl. dort Rdn. 2 bis 9.

<sup>22</sup> BGHSt 42 94; ebenso schon OLG Braunschweig StV 1984 500; OLG Düsseldorf NStZ 1988 519 mit Anm. *Rogall* JR 1989 250; KG NJW 1978 1538 (das KG wendet § 138 a auf einen Pflichtverteidiger an, ohne aber in der Streitfrage selbst Stellung zu nehmen); *Dinnebier* NJW 1976 1; *KK-Laufhütte*<sup>4</sup> 2; *KMR-Müller*<sup>7</sup> 7; *AK-Stern* 9; *Kleinknecht/Meyer-*

*Gofner*<sup>45</sup> 3; *Dencker* NJW 1979 2179; *Parigger* FS Koch 204; *Krekel* AnwBl. 1978 221; *Rieß* JR 1979 36; *Teske*, Erl. zu BGH NStZ 1986 37 in JA 1986 109. *HK-Julius*<sup>3</sup> 3 mit weiteren neueren Nachweisen.

<sup>23</sup> Für eine Beschränkung auf die Wahlverteidiger BVerfGE 39 238, 245; OLG Koblenz NJW 1978 2521; OLG Köln NStZ 1982 129; *Ulsenheimer* GA 1975 105; *Lampe* JZ 1974 699.

<sup>24</sup> BVerfGE 34 293.

<sup>25</sup> Vgl. insbesondere OLG Koblenz aaO; auch BVerfGE 39 238, 245 und OLG Köln aaO.

<sup>26</sup> Ebenfalls gegen eine Rücknahme *KK-Laufhütte*<sup>4</sup> § 138, 11.

<sup>27</sup> BVerfGE 34 293.

<sup>28</sup> BVerfGE 34 293 f.

schlusses gleich mit geschlossen haben. Auch aus § 434 Abs. 1 ergibt sich nichts anderes. Dort gelten zwar für den gewählten Verteidiger die §§ 137 bis 139, 145a bis 149, nicht aber für den (entsprechend § 140 Abs. 2) beigeordneten Verteidiger (§ 434 Abs. 2). Doch ist die Vorschrift im Jahre 1968 durch Art. 2 Nr. 16 EGOWiG eingefügt worden, als es die §§ 138a ff noch nicht gab. Daß der Gesetzgeber sie bei Einführung der §§ 138a ff bewußt unverändert gelassen hat, ist nicht ersichtlich. Außerdem gibt es keinen sachlichen Grund für die Übernahme dieser Trennung in die Regelung der §§ 138a ff.

- 6 Aus den **Gesetzgebungsmaterialien** läßt sich ein Wille des Gesetzgebers, das Verfahren der §§ 138a bis 138d auf die Wahlverteidiger zu beschränken, ebenfalls nicht herauslesen<sup>29</sup>. Ebensowenig besagt die Anordnung des Ausschlußverfahrens direkt im Anschluß an § 138 (Wahlverteidiger), daß es für Pflichtverteidiger nicht gelten soll<sup>30</sup>. Selbst wenn die erste Gesetzgebungsinitiative nur eine Regelung des Wahlverteidigerausschlusses vorgesehen haben mag, kann doch im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens der ursprünglich gewollte Anwendungsbereich ausgedehnt worden sein unter Beibehaltung des Standortes<sup>31</sup>.
- 7 Keineswegs stützt die **Gegenmeinung** die vom OLG Koblenz<sup>32</sup> angestellte Überlegung, der Gesetzgeber müsse nur eine Regelung für den Wahlverteidiger gewollt haben, da es praktisch und wesentlich **einfacher** als das schwerfällige Verfahren nach §§ 138a ff sei, **den Pflichtverteidiger nach § 143 zu entpflichten**. Letztlich kann auch der Pflichtverteidiger das Verfahren nach §§ 138a ff **erzwingen**, wenn er will (er braucht sich nur nach der Rücknahme seiner Bestellung vom Beschuldigten als Wahlverteidiger verpflichten zu lassen)<sup>33</sup>. Die engen materiellen und formellen Voraussetzungen des Ausschließungsverfahrens – einschließlich der Zuständigkeit des Oberlandesgerichts und der Beschwerdemöglichkeit zum Bundesgerichtshof (§ 138c Abs. 1, § 138d Abs. 6 in Verb. mit § 304 Abs. 4 S. 2)<sup>34</sup> – wurden vom Gesetzgeber ja gerade aufgestellt, um erstens die Einheitlichkeit der Rechtsprechung zu garantieren<sup>35</sup> und um zweitens das Gericht vor dem Eindruck zu bewahren, es wolle sich – in eigener Entscheidungskompetenz – eines unbequemen Verteidigers entledigen<sup>36</sup>. An dieser Zielsetzung mußte dem Gesetzgeber umso mehr gelegen sein, als für den Bestellungswiderruf nach § 143 die Zuständigkeit des Vorsitzenden des erkennenden Gerichts angenommen wird<sup>37</sup>.
- 8 Der **Wortlaut** des § 138a ist eindeutig und nicht auslegungsbedürftig. Ohne Differenzierung spricht die Vorschrift von dem „Verteidiger“. Nach dem **Sprachgebrauch** der StPO ist der Begriff des Verteidigers, wenn sich nicht aus der Benennung oder aus dem Zusammenhang eine Beschränkung ergibt, **umfassend**. In diesem Sinne muß man den **Begriff** auch hier verstehen<sup>38</sup>, weil weder die §§ 138a, 138b noch eine andere Vorschrift eine Ausnahme für den Pflichtverteidiger vorsehen.
- 9 Für eine **teleologische Reduktion** des Gesetzeswortlautes<sup>39</sup> wäre Voraussetzung, daß man Wahlverteidigung und Pflichtverteidigung als zwei grundsätzlich unterschiedliche

<sup>29</sup> Eingehend *Dencker* NJW 1979 2177; *Rieß* JR 1979 38.

<sup>30</sup> *Ulsenheimer* GA 1975 109 findet einen Beleg für die – von ihm abgelehnte – Einbeziehung des Pflichtverteidigers auf S. 12 der Begr. Dort heißt es: Die Regelung gilt für alle Verteidiger, nicht nur für Rechtsanwälte. (BTDrucks. 7 2526, S. 121. = AnwBl. 1974 216 r.). Danach will die Begr. wohl die Verteidiger des § 138 Abs. 1 I. Alt. denen nach § 138 Abs. 1 2. Alt., Abs. 2 gegenüberstellen, nicht die Wahlverteidiger den Pflichtverteidigern.

<sup>31</sup> Vgl. *Krekeler* AnwBl. 1978 322.

<sup>32</sup> OLG Koblenz NJW 1978 2521.

<sup>33</sup> Vgl. oben; *Kleinknecht/Meyer-Göfner*<sup>45</sup> 3.

<sup>34</sup> Zum Rechtsbehelf nach einer Verfügung gem. § 143 vgl. eingehend *Dünnebieber* NJW 1976 5.

<sup>35</sup> BTDrucks. 7 2526, S. 22 = AnwBl. 1974 218.

<sup>36</sup> BTDrucks. 7 2526, S. 12 = AnwBl. 1974 216.

<sup>37</sup> BVerfGE 39 238 = NJW 1975 1016 = AnwBl. 1975 212 (s. auch *Dünnebieber* NJW 1976 4).

<sup>38</sup> Vgl. *Krekeler* AnwBl. 1978 322.

<sup>39</sup> Vgl. dazu *Rieß* JR 1979 38.

Formen der Verteidigung ansieht, so daß sich eine Anwendung der §§ 138a ff auf die Pflichtverteidigung nach dem systematischen Sinn der Ausschlußregeln verbieten würde. Wahlverteidigung und Pflichtverteidigung sind jedoch gleichzusetzen<sup>40</sup>. Gerade weil der Beschuldigte mit seinem Pflichtverteidiger **nicht schlechter** gestellt sein darf als derjenige, der – über die notwendigen Geldmittel verfügend – einen Wahlverteidiger hat, kann eine unterschiedliche Handhabung des Verteidigerausschlusses nicht hingenommen werden. Denn wenn die Ausschließung des *Pflichtverteidigers* „einfacher“<sup>41</sup> ist als die des Wahlverteidigers (weil erstere allein in der Hand des Vorsitzenden liegen soll, § 143) und kein „schwerfälliges“ Verfahren passieren muß<sup>42</sup>, hat dies Auswirkungen auf das uneingeschränkte Engagement des Verteidigers, mit dem er sich möglicherweise den Unwillen des Vorsitzenden zuzieht<sup>43</sup>.

**2. Verfahren.** Die StPO verwendet den Begriff Verfahren<sup>44</sup> nicht einheitlich. Einmal **10** bezeichnet sie damit verschiedene Verfahrensarten<sup>45</sup>, dann das prozessuale Vorgehen gegen einen Täter. Aus § 272 Nr. 4 ergibt sich, daß das Hauptverfahren (§§ 213 bis 275), der entscheidende Teil des Verfahrens, sich gegen mehrere Angeklagte richten kann („die Namen der Angeklagten“). Im gleichen Sinn des strafrechtlichen Vorgehens in einer und derselben Untersuchung und meist Verhandlung gegen (auch) mehrere Beschuldigte (vgl. §§ 2 bis 4, § 213 Abs. 1 und 2, § 237) wird der Begriff in Abs. 5 S. 1 (in demselben Verfahren auch andere Beschuldigte) verwendet. Daraus folgt, daß auch in Abs. 1 Nr. 2 (Verkehr mit dem Beschuldigten) und Abs. 1 Nr. 3 (Verurteilung des Beschuldigten) das Verfahren (auch) gegen mehrere Beschuldigte gemeint ist (Abs. 5: Auch andere Beschuldigte [...] in demselben Verfahren)<sup>46</sup>. Wegen § 146 (Verteidigung nur eines Beschuldigten) hat das allenfalls Bedeutung, wenn ein Verteidiger in demselben Verfahren wegen desselben Gegenstandes nacheinander verschiedene Beschuldigte verteidigen will. Letztlich kommt es indessen darauf nicht mehr an, da mit Abs. 5 S. 1 eine spezielle Regelung geschaffen worden ist.

Das Verfahren *dauert* so lange, wie sich der Beschuldigte eines Verteidigers bedienen **11** (§ 137 Abs. 1) kann, d. h. von der Anzeige (§ 158 Abs. 1) oder dem ersten Einschreiten (§ 160 Abs. 1 S. 1) bis zum Ende des Strafvollzugs<sup>47</sup>, also auch für das Vollstreckungs-

<sup>40</sup> So jetzt auch die Begr. des BGH (BGHSt 42 94), mit – gelegentlich mißverständener (z. B. *Klein-knecht/Meyer-Goßner*<sup>45</sup> 3) – im Erg. zustimmender, den Streitstand und seine Hintergründe noch einmal sorgfältig reflektierende Anm. von *Weigend* NStZ 1997 44; irritierend *Meyer-Goßner* FS Bundesgerichtshof u. a. 628, wo der Anschein erweckt wird, als ob in den Fällen der §§ 138a ff alternativ auch Rücknahme der Bestellung gemäß § 143 in Frage kommen könnte, obwohl *Meyer-Goßner* im Kommentar (s. Fußn. 23) sich eindeutig für die Erstreckung der Anwendbarkeit der §§ 138a ff auf den Pflichtverteidiger ausgesprochen hat, was nur heißen kann, daß diese Regelung für die von ihr erfaßten Fälle exklusiv ist, für eine Entscheidung nach § 143 also kein Raum bleibt.

<sup>41</sup> OLG Koblenz NJW 1978 2521.

<sup>42</sup> OLG Koblenz NJW 1978 2521.

<sup>43</sup> Vgl. auch die Argumente bei *Dencker* NJW 1979 2178 und *Parigger* 204.

<sup>44</sup> Klärender Überblick bei *Dünnebieber* FS Schäfer 27, zur Anwendbarkeit auf ehrengerichtliche Verfahren

BGH NJW 1991 2780 und auf OWiG-Verfahren BGH wistra 1992 228; im übrigen: LR-*Rieß* Einl. B I.

<sup>45</sup> Z. B. Strafverfahren (§ 416 Abs. 1, 2); Sicherungsverfahren (§ 414 Abs. 1, § 416 Abs. 1 bis 3); Berufungsverfahren (§ 437 Abs. 2); Revisionsverfahren (§ 437 Abs. 3); Wiederaufnahmeverfahren (§ 364a, § 364b Abs. 1 S. 1); Privatklageverfahren (§ 377 Abs. 1); Nachverfahren (§ 439 Abs. 1, 2, 5); selbständiges Verfahren (§ 444 Abs. 3).

<sup>46</sup> So schon OLG Stuttgart AnwBl. 1975 246: nicht nur das Verfahren gegen *einen* Beschuldigten; zum mindesten ist der Ausschluß eines Verteidigers kraft Gesetzes auf die künftige Verteidigung anderer Angeklagter im gleichen Verfahren „erstreckt“; BGHSt 26 221 = AnwBl. 1975 445: „Tatbestandswirkung“ (223, 226), „Erstreckung des Verteidigerausschlusses“ (225). Die Frage ist durch das Verteidigungsverbot des Abs. 5 S. 1 erledigt.

<sup>47</sup> Vgl. § 137, 15 ff.

verfahren, das Nachverfahren und das Gnadenverfahren und damit über den Zeitpunkt der Rechtskraft des Urteils hinaus<sup>48</sup>. Das ergibt sich klar aus dem Wort „sonst“ in § 138c Abs. 2 S. 1, das<sup>49</sup> an die Stelle der Wendung „im vorbereitenden Verfahren“<sup>50</sup> getreten ist und damit alle Abschnitte außerhalb des Hauptverfahrens umfaßt<sup>51</sup>.

- 12 3. Mitwirkung.** Das Gesetz knüpft hier an § 140 Abs. 1, § 141 Abs. 3 S. 2 an, wo von der Mitwirkung eines Verteidigers in dem gerichtlichen Verfahren<sup>52</sup> gesprochen wird. Sie erfaßt also alles, was zur Verteidigung gehört, den Beistand in jeder Lage des Verfahrens (§ 137 Abs. 1 S. 1), dazu Akteneinsicht (§ 147) und Verkehr mit dem Beschuldigten (§ 148), die Annahme von Zustellungen (§ 145a Abs. 1), aber auch – wenn auch mit besonderer Vollmacht – die Vertretung des abwesenden Angeklagten (§ 234). Aber nicht nur wegen jener Anlehnung dürfte die Vorschrift nicht schlicht sagen „ist von der Verteidigung auszuschließen“. Vielmehr ist nach dem Sinn der Vorschrift die umständlichere Wendung „Mitwirkung in einem Verfahren“ gewiß gewählt worden, um jede Mitwirkung des ausgeschlossenen Verteidigers auszuschließen, vornehmlich also die durch jedermann mögliche Vertretung bei der Einlegung von Rechtsmitteln<sup>53</sup>.
- 13 4. Ausschließung.** Ausgeschlossen ist der Verteidiger von der Mitwirkung in einem Verfahren i. S. der Ausführungen zu Rdn. 10 ff. Aufgrund der Ausschließung als Verteidiger ist der Ausgeschlossene kein Verteidiger mehr. Von der Rechtskraft der Entscheidung nach § 138c Abs. 1, § 138d Abs. 1, 5 an gehört er zu den „bei der Verhandlung nicht beteiligten Personen“ (§ 177 S. 1, § 178 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 GVG)<sup>54</sup>.
- 14** Entgegen der noch von *Dünnebieer*<sup>55</sup> vertretenen Auffassung sind **Prozeßhandlungen** des nach § 138c Abs. 1, § 138d Abs. 1, 5 ausgeschlossenen Verteidigers **unwirksam**, ohne daß es hierfür einer besonderen Feststellung bedarf<sup>56</sup>. Dagegen stellt der neue § 146a klar, daß die Unzulässigkeit der Verteidigung nach § 137 Abs. 1 S. 2 und nach § 146 nicht schon kraft Gesetzes, sondern erst durch die Zurückweisung für die Zukunft wirkt<sup>57</sup>.

<sup>48</sup> BGHSt 26 371.

<sup>49</sup> Durch Art. 2 Nr. 3a des StGB-ÄndG.

<sup>50</sup> So § 138c Abs. 2 S. 1 in der Fassung von Art. 1 Nr. 6 des 1. StVRErgG.

<sup>51</sup> § 138c Abs. 3 S. 2 hat durch Art. 2 Nr. 3b des StGÄndG die Fassung erhalten: Vor Erhebung der Klage und nach rechtskräftigem Abschluß des Verfahrens (trifft die Anordnung). Der Inhalt ist derselbe wie bei der „sonst“-Fassung von § 138c Abs. 2 S. 1. Diese vereinfachende Fassung konnte in § 138c Abs. 3 S. 2 aus Gründen des Aufbaus der Vorschrift nicht verwendet werden.

<sup>52</sup> Da die Verteidigung grundsätzlich stets in bezug auf einen einzelnen Beschuldigten notwendig ist, nicht in bezug auf ein Verfahren, könnte das Wort Verfahren in § 141 Abs. 3 S. 2 in einem anderen Sinn als in §§ 138a, 138b gebraucht worden sein, doch spielt diese Frage seit der Einfügung des Abs. 5 durch Art. 2 Nr. 3 des in Fußn. 51 genannten Gesetzes keine Rolle mehr.

<sup>53</sup> BGH NJW 1976 1415 zu § 146: Die Gültigkeit der von dem gemeinschaftlichen Verteidiger eingelegten Revision anzunehmen (wie *Dünnebieer* NJW 1976 5 – inzwischen aufgegeben – und das BayObLG NJW 1976 156, 861 [= BayObLGSt 1975 102]) würde

dem Sinn und Zweck der Vorschrift widersprechen; BGHSt 26 372 f = NJW 1976 1903 (2. Senat) zu § 146: Revision unzulässig, weil Verbotsnorm (des § 146) nicht ausschließlich in die Zukunft wirkt; zudem Umgehung des Gesetzeszwecks; OLG Karlsruhe AnwBl. 1975 247 zu § 146; OLG Düsseldorf AnwBl. 1976 651 zu § 146; OLG Hamm MDR 1976 775 mit dem anfechtbaren Argument, es entspreche nicht dem Willen und den Interessen des Betroffenen, die Vollmacht soweit aufrechtzuerhalten, als sie den Rechtsanwalt ermächtigt hat, Rechtsmittel einzulegen und zu begründen. So nun auch OLG Karlsruhe Die Justiz 1981 446: Die in § 138a Abs. 4 S. 1 normierte Wirkung beschränkt sich nicht lediglich auf das Verbot der Verteidigung, sondern umfaßt jede Mitwirkung des ausgeschlossenen Verteidigers in einem weiteren Verfahren, insbesondere die durch jedermann mögliche Vertretung bei der Einlegung von Rechtsmitteln.

<sup>54</sup> Zum Verhältnis § 138a zu §§ 177, 178 GVG *Mal-mendier* NJW 1997 227.

<sup>55</sup> LR-*Dünnebieer*<sup>23</sup> 10.

<sup>56</sup> Vgl. *Kleinknecht/Meyer-Gofner*<sup>45</sup> 24; *KK-Laufhütte*<sup>4</sup> 5.

<sup>57</sup> S. aber auch Rdn. 148.

## B. Die Regelungen im einzelnen

### I. Die Ausschließungsgründe

**1. Für normale Verfahren. Allgemeine Voraussetzung: Verdachtsgrad.** Alle in der StPO verwendeten Verdachtsgrade kommen vor<sup>58</sup>. Mit der Absicht, die Verdachtschwelle auf „durch bestimmte Tatsachen begründeten Verdacht“ herabzusetzen<sup>59</sup> hat sich die Bundesregierung nicht durchgesetzt<sup>60</sup>. Die Unterscheidung danach, auf welches Delikt sich das Verfahren bezieht, an dem der Verteidiger mitwirkt, erweckt den Eindruck, daß für den Regelfall **der einfache Tatverdacht nicht ausreicht**. Noch deutlicher ist dieses Bild in der realen **Statistik**. Nach *Rieß*<sup>61</sup> hat es seinerzeit nur einen einzigen Fall gegeben, in dem der Ausschluß des Verteidigers an den durch bestimmte Tatsachen begründeten Verdacht i. S. d. § 138a Abs. 2 geknüpft worden ist. Knapp zehn Jahre später wird immer noch von der „geringen Anzahl von Verteidigerausschlüssen“ gesprochen<sup>61a</sup>.

Was den genaueren Umgang mit der gesteigerte Anforderungen stellenden Verdachtskombination des Abs. 1 angeht, so hat *Dünnebieber*<sup>62</sup> die Schwierigkeiten bereits zutreffend beschrieben. An dieser Sachlage hat sich nichts **Wesentliches** geändert<sup>63</sup>. Die Rechtsprechung geht über die Probleme kommentarlos hinweg. Auch die wissenschaftlichen Bemühungen um eine allgemeine Klärung der in der StPO verwendeten **Verdachtsbegriffe**<sup>64</sup> stehen erst am Anfang<sup>65</sup>.

Die erste Frage gilt den **Anknüpfungstatsachen**. Beschränkt man sich hier auf Fragmente, so muß, bezogen **darauf**, dann dieselbe Gewißheit vorliegen wie beim Richter, der am Ende des Verfahrens gemäß § 261 zu seiner Überzeugung über den Tatvorwurf gelangt. Das wird oft übersehen, ist indessen mit Blick auf die Notwendigkeit einer genauen Fixierung der verbleibenden prognostischen Aufgabe hilfreich. Sie besteht in einer Auswahl von Anknüpfungstatsachen. Die Kriterien für diese **Auswahl** zu benennen, ist also das Problem. Sie bestimmt sich danach, ob die Tatsachen Indizien sind für die Möglichkeit einer Verurteilung. Daß dabei wissenschaftlich nicht überprüfbare Alltagsplausibilitäten den Ausschlag geben, ist äußerst unbefriedigend. Leider haben die kritischen Feststellungen teilnehmend beobachtender Soziologen<sup>66</sup> **zunächst überhaupt** keine Bemühungen ausgelöst, wissenschaftlich haltbare Maßstäbe zu entwickeln. Mit naturwissenschaftlich-statistischen Wahrscheinlichkeiten kann nicht gearbeitet werden, weil sie den Einzelfall vernachlässigen, auf den hier alles ankommt. Was man braucht, sind auf vielen **Erfahrungen** basierende Einzelstudien<sup>67</sup>, die zu einer eine gewisse Abstraktionsstufe erreichenden Formel führen könnten. Sie fehlen, weil die Richter, die

<sup>58</sup> Zu den Änderungen nach Einfügung der Vorschriften in die StPO vgl. Entstehungsgeschichte.

<sup>59</sup> Vgl. BTDrucks. 8/1976, S. 37.

<sup>60</sup> Vgl. BTDrucks. 8/1482, S. 12.

<sup>61</sup> *Rieß* NStZ 1981 329.

<sup>61a</sup> *Parigger* 199; ebenso *Remagen-Kemmerling* mit genauen statistischen Übersichten (89, 93 ff, 207 ff).

<sup>62</sup> LR-*Dünnebieber*<sup>23</sup> 11 bis 13; hinreichender Verdacht ausreichend nach BGH StV 1990 91 mit Anm. *Scholderer*, BGH StV 1996 470.

<sup>63</sup> LR-*Dünnebieber*<sup>23</sup> EB 3.

<sup>64</sup> Überblick bei *Lorenz Schulz* Normiertes Mißtrauen. Der Verdacht im Strafverfahren (2001) 566 ff.

<sup>65</sup> Vgl. LR-*Beulke* § 152, 21 ff. Bemühung um wissenschaftliche Klärung bei *Milzer* MDR 1990 587; eine solide Basis jetzt *L. Schulz* aaO, s. v. a. 223 ff, 417 ff, 475 ff.

<sup>66</sup> Nachw. bei *Naucke* FS der wissenschaftlichen Gesellschaft an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main (1981) 295; *Lüderssen*, in: *Lüderssen/Sack* (Hrsg.) Abweichendes Verhalten III (1977) 86; *L. Schulz* aaO 458 ff.

<sup>67</sup> Vielfältige Anregungen dazu jetzt bei *L. Schulz* aaO 461 ff.

aufgrund ihrer Kompetenz auch für die Entscheidung über andere Zwangsmittel als die Untersuchungshaft schon im Ermittlungsverfahren insofern die Maßstäbe setzen, glauben, auf derartige Expertisen nicht angewiesen zu sein und selbst dann, wenn sie Zweifel an ihrer eigenen Sachkunde hätten, mit Recht darauf verweisen würden, daß die möglicherweise hierfür zuständigen Sozialwissenschaften aus verschiedenen Gründen kein entsprechendes Arbeitsprogramm vorgelegt haben.

- 17a** Die Feststellung des Verdachts, bezogen auf die Anknüpfungstatsachen, ist eine zusätzliche Prüfungsstufe<sup>68</sup>. Welches Maß an Wissen über die Anknüpfungstatsachen macht einen Verdacht aus? Erfahrungssätze dafür existieren nicht. Sie könnten auf der Basis **wahrscheinlichkeitstheoretischer** oder **plausibilitätstheoretischer** Annahmen<sup>69</sup> entwickelt werden, wenn die empirisch arbeitenden Sozialwissenschaften bereit wären, insofern mit einer normativen Disziplin, dem Strafprozeßrecht, zusammen zu arbeiten. Aber auch hier muß registriert werden, daß eine derartige Kooperation nicht in Sicht ist.
- 18** Die besonderen Schwierigkeiten, die das Erfordernis des **gesteigerten Tatverdachts** aufwirft, könnten relativiert werden, wenn man dem Vorschlag folgen würde, auch für den zur Eröffnung des Hauptverfahrens berechtigenden Verdacht die hohe Wahrscheinlichkeit zu fordern, ihn also dem dringenden Verdacht gleichzustellen<sup>70</sup>. Das hätte zwar für sich, daß man der Antwort auf die schwierige Frage entgehen würde, wie man die in ihrer Allgemeinheit einleuchtende Maxime im Einzelfall konkretisieren könnte; daß die – für die meist vor der Anklageerhebung angeordnete Untersuchungshaft – erforderliche höhere Verdachtsstufe im Falle der Eröffnung mit der größeren **Gründlichkeit der Anklagevorbereitung** zu kompensieren ist. Der Preis wäre aber die zwangsläufige Koppelung der Untersuchungshaft mit der Anklageerhebung (es sei denn, es liegen keine Haftgründe vor, was aber im Fall des § 112 Abs. 3 bedeutungslos wäre). Was als Vorzug jener neueren, den für die Anklageerhebung erforderlichen Tatverdacht auf die Stufe des für die Anordnung der Untersuchungshaft hebenden Auffassung erscheint – bei Vorliegen von Haftgründen, insbesondere Fluchtgefahr, nicht zur Aufhebung des Haftbefehls gezwungen zu sein<sup>71</sup> – beraubt die Justiz also in Wahrheit eines wichtigen **Differenzierungsinstruments**. Dieser Nachteil wird nicht etwa dadurch aufgehoben, daß mit dem Erfordernis des dringenden Tatverdachts auch für die Anklageerhebung die **Barriere für Eröffnung** höher gelegt würde. Vielmehr muß – angesichts der schwachen Verbindlichkeit der Definition der Verdachtsstufen – vermutet werden, daß ein von der Staatsanwaltschaft zusammengetragenes Tatsachenensemble, das den Schluß auf **überwiegende Verurteilungswahrscheinlichkeit** erlaubt, dem Gericht ohne weiteres auch schlüssig im Sinne einer hohen **Verurteilungswahrscheinlichkeit** angeboten würde. Ratio legis – vorschnelle Haftbefehle sind zu vermeiden – mag hier gegen ratio legis – schwer begreifbare Haftentlassungen sind zu vermeiden – stehen. Welcher man den Vorzug gibt, ist nur unter Rückgriff auf eine höhere Regel entscheidbar.
- 19** Diese Regel ist hier die **Unschuldsvermutung**<sup>72</sup>. Untersuchungshaft und Anklageerhebung sind Entscheidungen, die der Unschuldsvermutung eigentlich widersprechen<sup>73</sup>. Es handelt sich bei der generellen Zulassung von Anklage und Untersuchungshaft um einen pragmatischen Kompromiß<sup>74</sup>. Er ist so klein wie möglich zu

<sup>68</sup> Grundlegende logische Untersuchungen dazu bei *L. Schulz* aaO 411 ff, 446 ff.

<sup>69</sup> Wichtige Hinweise gibt *L. Schulz* aaO 597 ff, 600 ff.

<sup>70</sup> Vgl. *LR-Rieß* § 203, 12.

<sup>71</sup> Vgl. *LR-Rieß* § 203, 12.

<sup>72</sup> *LR-Rieß* Einl. I 75 ff; grundlegende Orientierung zunächst bei *Kühl* Unschuldsvermutung, Frei-

spruch und Einstellung (1983); jetzt umfassend, insbesondere auch rechtsvergleichend – *Stuckenberg* Untersuchungen zur Unschuldsvermutung (1997).

<sup>73</sup> Scharfsinnige Analysen jetzt bei *L. Schulz* aaO 496 ff.

<sup>74</sup> Arbeitskreis Strafprozeßreform, Die Untersuchungshaft (1983) 31.



halten. Im Zweifel also ist für die Lösung einzutreten, die bei diesem Kompromiß die größere Zurückhaltung erlaubt. Das ist diejenige, die den vorschnellen Haftbefehl vermeiden hilft. Liegt es so, daß im Ermittlungsverfahren der Tatverdacht zwar noch weiter aufgeklärt werden kann, soll aber, weil besondere Haftgründe vorliegen, die Untersuchungshaft sofort angeordnet werden, so ist dringender Tatverdacht erforderlich.

Die mithin unvermindert weiter bestehende Aufgabe<sup>75</sup>, hinreichenden und dringenden Tatverdacht voneinander abzugrenzen, stellt sich bei § 138a in Gestalt von zwei Fragen. Einmal ist zu klären, welche **Gruppe von Verdachtstatsachen überwiegende** und welche Gruppe **hohe Wahrscheinlichkeit der Verurteilung** indiziert. Zum anderen muß man wissen, bei welcher Konstellation die überwiegende Wahrscheinlichkeit genügt und bei welcher die hohe Wahrscheinlichkeit zu fordern ist<sup>76</sup>. Bei § 203, auf den die Wendung in § 138a: „(...) in einem die Eröffnung des Hauptverfahrens rechtfertigenden Grade (...)“ verweist, scheint es nur auf die erste Frage anzukommen. Ist die überwiegende Wahrscheinlichkeit der Verurteilung gegeben, so beschließt das Gericht die Eröffnung. Aber diese Lesart würde übersehen, daß eine **zweite Voraussetzung** erfüllt sein muß. Es dürfen nur noch die Tatsachen offenbleiben, die nicht anders als in einer öffentlichen Hauptverhandlung aufgeklärt werden können. Nicht nur der **Wahrscheinlichkeitsgrad** der Prognose, sondern auch der **Weg**, auf dem sie **überprüft** werden muß, ist genau bestimmt<sup>77</sup>. Der Spielraum ist auf die Hauptverhandlung begrenzt. Das Komplizierte dieser Regelung liegt darin, daß diese Begrenzung auf den Wahrscheinlichkeitsgrad, der für die Prognose zu fordern ist, zurückwirkt. Weil jetzt nur noch die Hauptverhandlung weiterführen kann, genügt die überwiegende Wahrscheinlichkeit.

Ganz durchsichtig ist diese Regelung auf den ersten Blick nicht. Sie wird es, wenn man zunächst in die Betrachtung einbezieht, was die **Hauptverhandlung** für den – dann – Angeklagten **bedeutet**. Sie belastet ihn. Aber nicht so schwer wie die Untersuchungshaft. Deshalb darf sie in Gang gesetzt werden, auch wenn nur die überwiegende Wahrscheinlichkeit der Verurteilung gegeben ist. Ferner ist der Nachweis erforderlich, daß mit anderen Mitteln als der öffentlichen – die Prozeßbeteiligten konfrontierenden – Verhandlung eine weitere, den Beschuldigten schonende Aufklärung nicht mehr zu leisten ist. Schließlich spricht für den **Verzicht** auf die **äußerste Verdachtsstufe**, daß die in der Hauptverhandlung stattfindende Beweisaufnahme nicht so viele Risiken birgt wie das Ermittlungsverfahren, das aus diesem Grunde, wenn es bereits in diesem Stadium zu erheblichen Belastungen des Beschuldigten kommt (Untersuchungshaft), mit entsprechender Kompensation – höhere Verdachtsstufe – aufwarten muß.

Für die Auslegung des § 138a bedeutet das: sind die Unsicherheiten der Beweissammlung im Ermittlungsverfahren soweit ausgeräumt, daß nur noch die – für den beschuldigten Verteidiger vergleichsweise risikoarme – Beweismöglichkeit in der Hauptverhandlung weiterhelfen kann, so liegen die Voraussetzungen für die Eröffnung des Hauptverfahrens gegen den Verteidiger vor. Das ist nach System und Tradition des Strafprozesses sachgerecht. Wenn aber das Argument, daß – weil andere Aufklärungsmöglichkeiten nicht mehr bestehen – nunmehr die Hauptverhandlung stattfindet und alles zu klären versucht, gar nicht zum Tragen käme, sondern **ohne diese Verhandlung**, allein auf der Basis des hinreichenden Verdachts über eine **Rechtsfolge** – Ausschluß des Verteidigers – entschieden würde, liefe die Beschränkung der Verdachtsstufe auf hinreichenden Verdacht nicht nur leer, sondern würde in ihr Gegenteil verkehrt. Den

<sup>75</sup> So auch L. Schulz aaO 581, 615 ff.

<sup>76</sup> Vgl. OLG Frankfurt StV 1988 516.

<sup>77</sup> Zust. L. Schulz aaO 617.

Beschuldigten treffende Entscheidungen sollen ja bei nur hinreichendem Tatverdacht gerade erst aufgrund der nun **folgenden Hauptverhandlung** ermöglicht werden, **nicht** aber die Hauptverhandlung **ersetzen**<sup>78</sup>.

## 2. Nähe zur angeklagten Tat

- 23 a) Beteiligung an der Tat (Abs. 1 Nr. 1).** Der Verteidiger ist von der Mitwirkung in einem Verfahren auszuschließen, wenn er dringend verdächtig ist, an der Tat, die den Gegenstand der Untersuchung – das ist das Verfahren gegen den Beschuldigten – bildet, beteiligt zu sein. Beteiligt (an der Haupttat) sind der mittelbare Täter (§ 25 Abs. 1 2. Alt. StGB), der Mittäter (§ 25 Abs. 2 StGB)<sup>79</sup>, der Anstifter (§ 26 StGB) und der Gehilfe (§ 27 Abs. 1 StGB). Ein strafbarer Versuch der Beteiligung genügt<sup>80</sup>. Diese strafrechtliche Einteilung kann nicht allein maßgebend sein. Denn die Tat, die den „Gegenstand der Untersuchung bildet“, kann nach der Terminologie des Strafgesetzbuchs auch eine Beihilfe usw. sein. Beteiligt i. S. des Abs. 1 ist daher auch der Verteidiger, der selbst der Haupttäter ist<sup>81</sup>. Dabei kann der Beschuldigte Anstifter, mittelbarer Täter oder Gehilfe sein<sup>82</sup>.
- 24 Bezugspunkte** für die Tatbeteiligung ist die Tat i. S. d. § 264, d. h. der **gesamte geschichtliche Vorgang**, der das dem verteidigten Beschuldigten vorgeworfene Tun umfaßt, soweit es nach der natürlichen Auffassung des Lebens eine sinnvolle Einheit darstellt<sup>83</sup>. Nur insoweit ist auch ein beachtlicher Interessenkonflikt denkbar<sup>84</sup>. Denn der Grund für den Ausschluß liegt darin, daß der in die Tat verstrickte Anwalt seine Aufgabe, als Beistand des Beschuldigten (§ 137 Abs. 1) die Interessen seines Mandanten durch Hervorheben der entlastenden Umstände deshalb nicht wahrnehmen kann, weil er ein eigenes Interesse daran haben könnte, die Erforschung der Wahrheit zu erschweren<sup>85</sup>. Denn er wird in erster Linie bestrebt sein, seine Beteiligung zu leugnen oder zu verringern. Das wird in der Regel den Beschuldigten belasten. Selbst wenn das nach der Gestaltung des Falles ausgeschlossen ist, ist eine unbefangene Verteidigung nicht möglich.

<sup>78</sup> Diese Gesichtspunkte werden von der neueren Rspr. des BGH, die sich im wesentlichen auf den Hinweis beschränkt, es sei keine Rede davon, „daß ein Verfahren wegen des Vorwurfs eingeleitet werden müßte“, (BGHSt 36 133, BGH StV 1996 470; zust. Fezer JR 1990 79 und [mit Einschränkungen auf der „faktischen Ebene“] JZ 1996 614; Pfeiffer<sup>3</sup> § 138a, 2; Kleinknecht/Meyer-Goßner<sup>45</sup> § 138a, 14) übersehen. Zutreffend hingegen die Argumentation Scholderers, mit der Reduzierung des hinreichenden Tatverdachts „auf das Element der (überwiegenden) Wahrscheinlichkeit“ gehe „genau dasjenige prozedurale Element verloren, mit dem zuvor die Gleichwertigkeit gegenüber dem dringenden Verdacht begründet“ worden sei (StV 1993 228 ff [232]); ebenso L. Schulz 616; ferner: HK-Julius<sup>3</sup> § 138, 5; AK-Stern § 138a, 19; über die ältere Rspr. die wesentlich restriktiver war, Parigger 209.

<sup>79</sup> Nach OLG Stuttgart soll eine „Beteiligung“ i. S. v. § 138a sogar auch dann vorliegen, wenn der Verteidiger an der gleichen Tat (in diesem Fall eine Sitzblockade) teilgenommen hat, ohne von der

Beteiligung seines späteren Mandanten zu wissen; also wenn beide Nebentäter sind (OLG Stuttgart JuS 1984 897, Zusammenfassung von Hassemer). Zur Abgrenzung von unabhängigen eigenständigen Straftaten OLG Zweibrücken AnwBl. 1995 555.

<sup>80</sup> Vgl. KK-Laufhütte<sup>4</sup> 8; KMR-Müller<sup>7</sup> 6.

<sup>81</sup> Ist der Verteidiger Mitangeklagter und erst nach der Erhebung der Klage gegen den Mitangeklagten zum Verteidiger gewählt worden, so ist nach BGH StV 1996 469 § 138a nicht anwendbar, vielmehr ist die Verteidigung gemäß § 146a zurückzuweisen.

<sup>82</sup> Diese wohl allein sinnvolle Auslegung ist mit dem Text vereinbar. Auch bei Begünstigung, Strafvereitelung und Hehlerei kann es nicht darauf ankommen, ob der Verteidiger oder der Beschuldigte diese Rolle spielt (Lampe JZ 1974 697), doch bietet hier der Gesetzestext keinen Weg zu einer vernünftigen Lösung. Wegen der Zweifel bei der Auslegung vgl. auch Ulsenheimer GA 1975 112.

<sup>83</sup> Vgl. LR-Gollwitzer § 264, 4.

<sup>84</sup> Vgl. Lantzke JR 1973 360.

<sup>85</sup> Begr., BTDrucks. 7 2526, S. 20 = AnwBl. 1974 217; vgl. auch Seelmann NJW 1979 1129.

Das Merkmal der **Beteiligung** setzt hier jedoch nicht nur eine „bestimmende“ Mitwirkung des Verteidigers<sup>86</sup> an dem seinem Mandanten zur Last gelegten Tatgeschehen voraus. Es ist stets zu prüfen, ob dieses Tatgeschehen strafbar und die Beteiligung des Verteidigers verwertbar ist. Der Bundesgerichtshof<sup>87</sup> schließt das aus dem für § 138 Abs. 1 Nr. 1 erforderlichen Verdachtsgrad: sowohl der hinreichende als auch der dringende Tatverdacht setzen den Verdacht einer „Straftat“ voraus und damit auch hier eine „strafbare“ Beteiligung<sup>88</sup>. Nicht erforderlich soll dabei jedoch ein Strafantrag gegen den Verteidiger sein<sup>89</sup>. 25

**b) Unterstützung nach der Tat (Abs. 1 Nr. 3). Allgemeines.** Auch bei dieser Sachlage besteht die Gefahr, daß der Verteidiger bei der Wahrnehmung der Interessen des Beschuldigten zu sehr an seine eigenen zu denken versucht sein könnte<sup>90</sup>. 26

Die Qualifizierung der Handlung des Verteidigers als Straftat hängt zunächst davon ab, daß der Beschuldigte wegen der angeklagten Tat **verurteilt** werden könnte. Da die **Entscheidung** darüber nicht abgewartet werden soll – vielmehr geht es jetzt auch darum, daß einem zu mißbilligenden Einfluß des Verteidigers auf das Zustandekommen dieser Entscheidung gegebenenfalls gerade entgegengetreten werden kann – wird ihr **Vorliegen unterstellt**. Dem Wortlaut der Vorschrift ist nicht zu entnehmen, was das bedeutet. Es könnte die (bloße) **Tatsache** der Verurteilung gemeint sein (erste Variante) oder (außerdem) das Vorliegen der Voraussetzungen für eine **rechtmäßige** Verurteilung. Dabei wäre noch einmal zu unterscheiden zwischen einer prozessual korrekten (zweite Variante) Verurteilung und einer vom materiellen Recht gedeckten Verurteilung (dritte Variante). 27

Nach **allen drei Varianten** ist es möglich, daß der Verteidiger zunächst ausgeschlossen, später aber wegen Begünstigung etc. freigesprochen wird und umgekehrt – eine notwendige Folge daraus, daß man das eine Mal eine Unterstellung genügen läßt, das andere Mal Gewißheit fordert. 28

**Unterschiede** ergeben sich nur in bezug auf die **Begründung**. Legt man die erste Variante zugrunde, so ist der Unterschied zwischen Fiktion und Realität des Verfahrens der Verurteilung wegen der Vortat nicht der einzige. Hinzu kommt noch, daß unterschiedliche sachliche Kriterien der Beurteilung der Vortat gelten: die für die **Bestrafung** erforderliche **Gewißheit** ist an dem tatsächlichen **Vorliegen der Vortat** orientiert, **nicht** aber die für die **Ausschließung** erforderliche **Unterstellung**. Läßt man für die Bestrafung genügen, daß eine prozessual korrekte Entscheidung wegen der Vortat vorliegt (bzw. für den Fall, daß der Prozeß nicht zustande oder noch nicht zu seinem Ende gekommen ist, einen **korrekt gebildeten Verdacht**), so wird die zweite Variante interessant: die Beurteilungskriterien für Ausschluß und Bestrafung stimmen überein. Stellt man für die Bestrafung auf die **materiell richtige Entscheidung** ab, so bringt nur die dritte Variante eine **Harmonisierung der Beurteilungskriterien** für Ausschluß und Bestrafung. 29

Die Harmonisierung ist sicher wünschenswert. Der Verteidiger, der für seinen Mandanten über dessen Kopf hinweg (ohne Einwilligung) kämpft, daher – ist die Vortat gegeben – strafbarer Alleintäter gemäß § 258 StGB ist<sup>91</sup>, wird nach herrschender Meinung, wenn der Mandant unschuldig ist, nicht wegen Strafvereitelung bestraft und sollte für diesen Fall auch nicht ausgeschlossen werden dürfen. Anderenfalls brähe man mit 30

<sup>86</sup> So OLG Hamm, wiedergegeben in dem BGH-Beschluß vom 8. 8. 1985, StV 1985 487.

<sup>87</sup> BGH StV 1985 487.

<sup>88</sup> Vgl. auch *Milzer* MDR 1990 587; *Hammerstein* NSZ 1986 37; in Abkehr von BGH AnwBl. 1981 115 vgl. BGHSt 36 133.

<sup>89</sup> KK-*Laufhütte*<sup>4</sup> 8.

<sup>90</sup> Vgl. dazu Arbeitskreis Strafprozeßreform 41.

<sup>91</sup> Vgl. Vor § 137, 131.

einer gewohnten Vorstellung: Denn eher liegt es doch so, daß die Grenzen, die dem Verteidiger durch die Bestrafung wegen Begünstigung und Strafvereitelung etc. gezogen werden, durch das, was das Strafprozeßrecht ihm zugesteht, gelockert werden, als umgekehrt (was noch nicht strafbar ist nach § 257 ff StGB, soll schon zum Ausschluß nach § 138a führen und insofern die Rechte des Verteidigers im Vergleich zu dem, der sich nur nach §§ 257 ff StGB richten muß, einschränken). Danach scheint für die Ausschließung die **Unterstellung einer prozessual korrekten Verurteilung** geboten.

- 31** Wer für die Bestrafung – die Beurteilung der Vortat betreffend – **prozessuale Kriterien** ausschlaggebend lassen sein möchte, muß dementsprechend die Ausschließung an die Unterstellung einer prozessual korrekten Verurteilung knüpfen.
- 32** **Praktische Bedeutung** hätten diese Differenzierungen freilich nur, wenn – was der Regelung eindeutig **nicht** entnommen werden kann – für die Unterstellung der Verurteilung eine **Prognose** erforderlich wäre. Gerade deshalb machen sie aber die Tragweite der Regelung des § 138a Abs. 1 Nr. 3 deutlich: Sie nivelliert die unterschiedlichen Verteidigungshandlungen vollständig und kann deshalb zu einem ganz unberechenbaren Instrument werden. Die Frage ist daher, ob der Gesetzgeber nicht eine befriedigendere Lösung hätte versuchen können, etwa durch Zulassung einer **Differenzierungen** ermöglichenden Prognose. Indessen würde das zu prinzipiellen Widersprüchen führen. Man müßte in bezug auf die Beurteilung der Vortat ein besonderes Verfahren neben dem eigentlichen Verfahren zulassen und dieses bei **negativer Prognose** eigentlich sofort durch **Einstellung** oder **Freispruch** beenden. Damit wäre aber der Zweck des § 138a Abs. 1 Nr. 3, gerade die korrekte Durchführung des Verfahrens zu sichern, in sein Gegenteil verkehrt. Das Problem ist kaum zu lösen; daher nimmt es nicht wunder, daß die Zahl der Ausschließungsverfahren so verschwindend gering ist.
- 33** **c) Begünstigung und Hehlerei.** Bei der Begünstigung muß festgestellt werden, ob der Verteidiger **dringend verdächtig** ist, Hilfe geleistet zu haben, dem Beschuldigten die Vorteile der Tat zu sichern. **Beistand** i. S. d. § 137 kann das **nicht** sein<sup>92</sup>. Es ist ohne weiteres nach den für die Auslegung und Anwendung des § 257 StGB entwickelten Maßstäben zu verfahren; Besonderheiten für die Strafverteidigung ergeben sich nicht.
- 34** Bei der **Hehlerei** muß festgestellt werden, ob der Verteidiger dringend verdächtig ist, eine der im Tatbestand beschriebenen Verschaffungshandlungen begangen oder beim Absatz mitgewirkt zu haben. Auch diese Aktivitäten können nicht Beistand i. S. d. § 137 sein; das zu § 257 StGB Gesagte gilt entsprechend.
- 35** **d) Strafvereitelung.** Hier liegt es anders. Der auf das Verfahren zur Entscheidung über Bestrafung, Maßnahmen oder Freispruch bezogene Beistand des Verteidigers richtet sich, wenn der Beschuldigte das will, auf Verhinderung der Bestrafung bzw. der Maßnahmen oder ihre Milderung. Beides kann Strafvereitelung i. S. d. § 258 StGB sein.
- 36** **aa) Keine Erfüllung des objektiven Tatbestandes bei eigenverantwortlichem Verteidigungsverhalten des Beschuldigten. Allgemeines.** Der Möglichkeit, „daß der Verteidiger gerade durch die Erfüllung seiner Verteidigungsaufgaben in die Gefahr eines Ausschlusses gebracht wird“<sup>93</sup>, könnte man, wie das der Arbeitskreis Strafprozeßreform vorschlägt, durch eine zeitliche Zäsur begegnen: „Dabei bleiben Handlungen des Verteidigers nach Aufnahme der Verhandlungen außer Betracht, welche die Übernahme der Verteidigung zum Gegenstand hatten“<sup>94</sup>. Sicher sind dann nur die eindeutigen Fälle

<sup>92</sup> Vgl. § 137, 4.

<sup>93</sup> Arbeitskreis Strafprozeßreform 142.

<sup>94</sup> AaO 10/11; sehr krit. dazu *Hanack ZStW 93* (1981) 582 f.

einer Kollision mit den Verteidigungsinteressen des Beschuldigten erfaßt: „Der Verteidiger handelt in solchen Konstellationen unter der Drohung, selber Beschuldigter zu werden. Er weiß, daß der Beschuldigte dies weiß. Folglich kann er gegenüber dem Mandanten nicht unabhängig sein“<sup>95</sup>. Doch ist § 138a eindeutig so nicht gemeint: „Der Ausschlußgrund des Abs. 1 Nr. 3 knüpft an die grundsätzliche Verpflichtung des Verteidigers an, nur rechtlich erlaubte Mittel einzusetzen und der Rechtsordnung nicht entgegenzutreten“<sup>96</sup>. Eine andere Frage ist es, ob de lege ferenda eine zeitliche Zäsur erwogen werden sollte<sup>97</sup>.

Indessen: **Teilnahme** des Verteidigers am eigenverantwortlichen Verteidigungsverhalten des Beschuldigten<sup>98</sup> und auch seine die Eigenverantwortung des Beschuldigten unberührt lassende Täterschaft fallen ebensowenig unter § 258 StGB wie die vergleichbaren Aktivitäten eines beruflich nicht entsprechend qualifizierten Dritten. Die dogmatischen Grundlagen für diese Auffassung sind Vor § 137, 120 ff dargelegt worden. Darüber, wie danach die in Rechtsprechung und Literatur streitig gewordenen Fälle zu entscheiden sind, vgl. die folgenden Rdn.<sup>99</sup>.

**bb) Einfluß des Verteidigers auf den Beschuldigten.** Der Beschuldigte braucht sich zur Sache nicht einzulassen (§§ 136 Abs. 1 S. 2, 163a Abs. 3 S. 2, 243 Abs. 4 S. 1). Der Verteidiger, der ihm dazu rät, ist jedenfalls dann, wenn die Eigenverantwortlichkeit des Beschuldigten dadurch nicht berührt wird und der Verteidiger deshalb insofern Teilnehmer bleibt, nicht nach § 258 StGB strafbar<sup>100</sup>. Das gleiche gilt für die Empfehlung, beim Haupttermin nicht zu erscheinen<sup>101</sup>. Das gilt auch, wenn der Verteidiger dem Beschuldigten sogar dazu rät, seinen **Namen** nicht zu sagen. Die angeführten Vorschriften der StPO erlauben dem Beschuldigten das zwar nicht (vielmehr ist sogar eine Sanktion nach § 111 OWiG indiziert<sup>102</sup>, so daß für die – die Anwendbarkeit des § 138a freilich noch nicht auslösende – Haftung des Verteidigers insofern schon die Teilnahmehandlung genügt). Die Straflosigkeit der Vereitelung der Bestrafung durch den Beschuldigten selbst bleibt davon indessen unberührt und damit auch die der auf eine **Teilnahme** daran beschränkten Aktivität des Verteidigers.

Dann erhebt sich freilich die Frage, ob die ausdrückliche Gestattung der die Strafverfolgung behindernden Nicht-Einlassung des Beschuldigten zur Sache den Verteidiger sogar auch dann von der Bestrafung nach § 258 StGB freistellt – ungeachtet denkbarer anderer Bestrafungen, z. B. wegen Nötigung –, wenn er dem Beschuldigten für seine Entscheidung praktisch nicht die Freiheit gelassen hat, die dessen **Eigenverantwortlichkeit** begründet und den Verteidiger in die Rolle des – straflosen – Teilnehmers verwiesen haben könnte. § 258 StGB soll dem Eintritt eines Erfolges entgegenwirken, ohne daß besondere Angriffswege bezeichnet werden. Dieses Bild wird jedoch an anderen Stellen der Rechtsordnung vielleicht korrigiert. Der Beschuldigte bewirkt, wenn er sich nicht einläßt, einen – negativen – prozessualen Erfolg, den die StPO anerkennt und der vielleicht eo ipso den Weg in die Verletzung des durch § 258 StGB geschützten Rechtsguts

<sup>95</sup> AaO 141.

<sup>96</sup> KK-*Laufhütte*<sup>4</sup> 13; OLG Düsseldorf NSTz 1991 299, NSTz 1997 330, AnwBl. 1997 567.

<sup>97</sup> Arbeitskreis Strafprozeßreform 142.

<sup>98</sup> So jetzt auch ausdrücklich BGH NSTz 1999 188 (Captadon-Fall) mit Anm. Lüderssen StV 1999 537; gegen diese Interpretation, daß der BGH in dieser Entscheidung von der Notwendigkeit, bei § 258 StGB zwischen Täterschaft und Teilnahme zu differenzieren, ausgeht, spricht sich *Stumpf* Wistra 2001

123 (126) aus; s. demgegenüber die die hier vertretene Ansicht bestätigenden Erwägungen in BGH StV 2001 109. Zum ganzen ferner *Beulke* FS Roxin 1174 f, 1185; vgl. auch Vor § 137 Fußn. 339.

<sup>99</sup> Zur Kasuistik jetzt *Hassemer* (Formularbuch<sup>4</sup>).

<sup>100</sup> Gegen die üblich gewordene Unterscheidung von Auskunft und Beratung mit Recht *Hassemer* aaO 7.

<sup>101</sup> OLG Koblenz NSTz 1992 146; OLG Düsseldorf NSTz 1991 299.

<sup>102</sup> Str., vgl. LR-*Hanack* § 136, 12.

versperrt. Diese Anerkennung ist aber an die **Person** des **Beschuldigten** gebunden. Er kann also durchaus zum rechtmäßig handelnden Werkzeug des Verteidigers werden, der dann seinerseits sich auf diese Rechtmäßigkeit aber nicht berufen darf.

- 40** Daß das in den Fällen, in denen sich die Rechtmäßigkeit des Beschuldigtenverhaltens nicht *expressis verbis* aus dem Gesetz ergibt, noch *evidenter* ist, stellt dieses Ergebnis nicht in Frage; wenn die prozessualen Rechte des Beschuldigten **für den Verteidiger nicht direkt**, sondern nur insofern gelten, als er dem Beschuldigten bei ihrer Wahrnehmung behilflich sein darf, kann es keinen Unterschied machen, wie sie abgeleitet werden. Wann mittelbare Täterschaft und damit Strafbarkeit des Verteidigers in diesen Fällen anzunehmen ist, richtet sich im Prinzip nach den allgemeinen Regeln über die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme.
- 41** Im „Normalfall“ wird man daher bei einem **Rat** des Verteidigers an den Beschuldigten, die **Einlassung** zu **verweigern**, keine tatbestandsmäßige Handlung i. S. d. § 258 StGB erblicken dürfen<sup>103</sup>. Aber auch wenn der Beschuldigte bei der Polizei keine Angaben macht, um andere „Tatgenossen“ zu decken, und der Verteidiger ihm das ausschließlich im Interesse jener Tatgenossen geraten hat<sup>104</sup>, liegt es nicht anders. Der Bundesgerichtshof scheint freilich nicht von vornherein abzulehnen, daß hier wenigstens versuchte Strafvereitelung des Verteidigers vorliegen könnte. In der Tat unternimmt es der Beschuldigte insofern, einen **anderen** der Bestrafung zu entziehen; auf die Straflosigkeit der Vereitelung der ihm selbst drohenden Bestrafung kann er sich nicht berufen und damit auch nicht der Verteidiger, selbst wenn er nur Teilnehmer ist.
- 42** Indessen ist die Vereitelung der Bestrafung eines anderen durch **Schweigen** tatbestandsmäßig i. S. d. § 258 StGB nur dann, wenn eine **Rechtspflicht** zum Handeln besteht. Die hat der Beschuldigte nicht. Eine Haupttat – auch eine versuchte, an welcher der Verteidiger ja sogar vollendete Teilnahme leisten könnte – liegt nicht vor. Anders verhielte es sich nur dann, wenn der Verteidiger das Heft in die Hand nähme oder auf eigene Faust handelte. Das gilt selbst dann, wenn der Beschuldigte sich dadurch belasten würde. An diese Strategie ist der Verteidiger gebunden, soweit der Vertrag mit dem Beschuldigten dem nicht entgegensteht oder – etwa wegen besonderer Umstände – unwirksam ist. Eine andere, nicht hierher gehörende Frage ist, ob der Verteidiger in diesem Falle wegen Parteiverrats zur Verantwortung gezogen werden könnte; der Bundesgerichtshof lehnt das, weil **keine widerstreitenden** Interessen gegeben seien, ab – zu Recht, wenn man nicht überhaupt schon feststellen muß, daß nicht einmal zwei Parteien vorhanden sind<sup>105</sup>.
- 43** Läßt sich der Beschuldigte ein, sagt aber **nicht die Wahrheit**, so gilt für den Anteil des Verteidigers – gleichviel, ob er dazu rät<sup>106</sup> oder die Aussage nur nicht korrigiert – an diesem Vorgang nichts anderes, weil der Beschuldigte berechtigt ist, die Unwahrheit zu sagen<sup>107</sup>. Bemerkenswert ist, daß die Rechtsprechung, ohne daß ihr das bewußt wird, zu diesem Ergebnis – was die Nicht-Korrektur der unwahren Einlassung angeht – mit Argumenten kommt, die auf die **Anwendung der Kriterien der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme**, hier zugunsten der – mangels Haupttat – straflosen Teilnahme des Verteidigers, hinauslaufen<sup>108</sup>.

<sup>103</sup> Nahezu allg. M.; grundlegend BGHSt 2 375, 377; a. A., freilich nur mit Hinweis auf die Unzulässigkeit, ohne – nicht automatisch gegebene – spezielle Konsequenz für § 258 StGB Peters 228.

<sup>104</sup> So der von BGH bei Holtz MDR 1982 970 für möglich gehaltene Sachverhalt.

<sup>105</sup> Str., vgl. die von BGH bei Holtz MDR 1982 970 gegebenen Nachw.

<sup>106</sup> So auch Wassmann 134 ff; Strzyz 268; Hassemer aaO (Fußn. 99); a. A. Müller-Dietz 252; Pfeiffer<sup>3</sup> 345; Bottke 757; Peters 228.

<sup>107</sup> Vgl. Vor § 137, 169; Röhse JuS 1991 683.

<sup>108</sup> Vgl. BGHSt 2 375.

Was speziell das **Geständnis** angeht, so ist der Verteidiger, der dem Beschuldigten davon **abrät**, ebenfalls nur strafloser Teilnehmer, da die „Haupttat“ tatbestandslos ist; wiederum kann man die zum gleichen Ergebnis führenden Argumente des Bundesgerichtshofs<sup>109</sup> in diesem Sinne klassifizieren<sup>110</sup>. **44**

Unbefriedigend ist es daher, daß der Bundesgerichtshof bei der Frage, ob der Verteidiger wegen Veranlassung des Beschuldigten zum **Widerruf** des Geständnisses eine Strafvereitelung begeht, nicht entsprechend differenziert, sondern ohne weiteres Strafbarkeit wegen Strafvereitelung annimmt<sup>111</sup>. **45**

Hinweise, in welche Richtung diese **Differenzierungen** gehen könnten, enthält die Entscheidung des OLG Braunschweig vom 30. 8. 1983<sup>112</sup>. Das Gericht hatte darüber zu entscheiden, ob der gegebenenfalls auszuschließende Verteidiger dem Mandanten **wahrheitswidrig suggeriert** hatte, sein Geständnis sei ihm von dem vernehmenden Kriminalbeamten „in den Mund gelegt worden“. Dieser Sachverhalt deutet – unbeschadet der Notwendigkeit weiterer Aufklärung – auf ein Element jedenfalls von **Tatherrschaft** des Verteidigers, das ihn zum – strafbaren – **Täter** einer Strafvereitelung machen könnte. **46**

Leider hat das Gericht die Entscheidung von vornherein nur im **Subjektiven** gesucht (mit bemerkenswert gründlichen Ausführungen, welche die Vermutung begründen, daß sie bei vom Gericht objektiv als eindeutig zu Lasten des Verteidigers empfundener Sachlage lapidarer [i. S. der Bejahung des subjektiven Tatbestandes] ausgefallen wären<sup>113</sup>) und sich im übrigen auf die Feststellung beschränkt, daß nur bei bewußter Verdunkelung des Sachverhaltes oder Erschwerung der Wahrheitsermittlung mit unlauteren Mitteln, Strafvereitelung vorliege; im Zweifel dürfte damit aber die Indikation für die Übertretung anderer, durch die Verteidigertätigkeit in ihrer Anwendung überhaupt nicht beschränkter Strafgesetze<sup>114</sup> gemeint sein. **47**

Entsprechend zu beurteilen ist der **Rat zur Flucht**<sup>115</sup>. **48**

cc) **Verhalten des Verteidigers gegenüber Zeugen**<sup>116</sup>. Beim über den Beschuldigten vermittelten Einfluß des Verteidigers auf die Aussage von Zeugen entfällt das Privileg der straflosen Teilnahme an einer nicht tatbestandsmäßigen „Haupttat“ insoweit, als es um die Strafbarkeit **wegen Teilnahme an einer Tat gemäß §§ 153 ff StGB** geht. Das könnte Folgen haben für die Anwendbarkeit auch von § 258 StGB. Deshalb muß hier darauf eingegangen werden. **Verschiedene Konstellationen** sind zu unterscheiden: **49**

Unproblematisch sind die Fälle des „**omnimodo facturus**“: Wer zur Falschaussage entschlossen ist, kann nicht mehr angestiftet werden<sup>117</sup>. **Unproblematisch** sind ferner die Fälle, in denen der Verteidiger **nur für möglich hält**, daß der Zeuge die Unwahrheit sagt. **50**

<sup>109</sup> BGHSt 2 375.

<sup>110</sup> Ebenso *Wassmann* 136; vgl. im übrigen Fußn. 106.

<sup>111</sup> Im Erg. wie hier *Wassmann* 136; Schönke/Schröder-*Stree*<sup>25</sup> § 258, 20; a. A *Botke* 757; *Pfeiffer*<sup>3</sup> 345; *Dahs* (Hdb.)<sup>6</sup> 49.

<sup>112</sup> OLG Braunschweig StV 1984 500.

<sup>113</sup> Die Tendenz der Praxis, Vagheiten im objektiven Tatbestand durch Vorsicht bei der Bejahung des subjektiven Tatbestandes auszugleichen, ist unverkennbar, s. etwa die – ebenfalls einen Verteidigerausschluß betreffende – Entscheidung des BGHSt 29 99, 101; klar erkannt schon von *Naucke* Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht (1973) 24 f.; s. ferner *Sessar* StV 1988 94.

<sup>114</sup> Darüber Vor § 137, 166 ff.

<sup>115</sup> *Wassmann* 136; a. A (s. aber Hinweis in Fußn. 90) *Strzyz* 241, 289; auch *Hassemer* aaO (Fußn. 98) 7 will die Kriterien des allg. Strafrechts entscheiden lassen, macht aber – ohne Begr. – keinen Unterschied zwischen mittelbarer Täterschaft und Teilnahme (beides strafbar); *Stumpf* 135; zu einem interessanten Fall des auf den Rat zur Flucht bezogenen Rücktritts vom Versuch der Strafvereitelung vgl. BGHSt 2001 108.

<sup>116</sup> Überblick bei *Stumpf* 193 ff.; *Henning-Ernst Müller* Falsche Zeugenaussage und Beteiligungslehre (2000) 211 ff.

<sup>117</sup> *Kempf* in: *Brüssow* u. a. (Hrsg.) § 1 Rdn. 66 (mit einer über diese Fallgruppe hinausgehenden Argumentation).

Fahrlässige Teilnahme an einer Falschaussage ist nicht strafbar. Liegt immerhin *dolus eventualis* vor, so ist mit Blick auf die Pflicht des Verteidigers, möglichst viel für seinen Mandanten zu tun, an eine Einschränkung des strafrechtlichen Verbots, zur Falschaussage eines Zeugen aktiv beizutragen, zu denken<sup>118</sup>.

51 Bemerkenswert ist, in welchem Maße die Rechtsprechung auch hier – abweichend von der Praxis in „normalen“ Fällen – bereit ist, praktisch alles auf der **subjektiven Seite** zu entscheiden<sup>119</sup>. Die notorische Unbestimmtheit der subjektiven Merkmale eines Tatbestandes, mit der Folge, daß sie schwer oder nicht beweisbar sind – sonst ein Menetekel für den Rechtsstaat – scheint jetzt gar nicht zu stören. Vielmehr wird ohne weiteres das Reich der Spekulation betreten, etwa wenn es sich darum handelt, jenen „inneren“ Vorbehalt – bezogen auf die Erwartung, daß das Gericht der **Fragwürdigkeit einer Beweisbehauptung** schon auf den Grund kommen werde – zu eruieren, der den Verteidiger freistellen soll vom voluntativen Element des deliktischen Vorsatzes, gleichviel, ob nun § 258 oder §§ 26, 27, 153 ff StGB zur Debatte stehen. Im „**Schmerzensgeldfall**“<sup>120</sup> – der Zeugin ist für die Abänderung ihrer Aussage zugunsten des Beschuldigten von diesem eine Schmerzensgeldzusicherung gegeben worden, und die Verteidigerin hat an diesem Arrangement verantwortungsvoll mitgewirkt – gelangt der Bundesgerichtshof nach umfangreicher Prüfung, ob jener innere Vorbehalt bestanden habe, zu einem Ergebnis, dessen Formulierung einer **Verlegenheitsauskunft** näher kommt als einer Begründung. Der Senat stellt fest, die angeklagte Verteidigerin habe von der Motivation der Zeugin für die Aussagenänderung gewußt, dies aber dem Gericht vorenthalten, und dann heißt es: „Die Nichtmitteilung dieses Informationsvorsprungs könnte gegen den inneren Vorbehalt sprechen, das Gericht werde die **Fragwürdigkeit der Aussageänderung** nicht übersehen“<sup>121</sup>. Andererseits: „Gleichwohl versteht es sich auch hier nicht von selbst, daß die Angeklagte den inneren Vorbehalt aufgegeben hat“. Es folgen neue Erwägungen, die schließlich in den Satz münden: „Das Nichtvorhandensein des inneren Vorbehalts hätte unter diesen Umständen nur dann nahegelegen, wenn die Angeklagte vor oder während der Berufungshauptverhandlung auf die Zeugin dahin Einfluß genommen hätte, die Vereinbarung zu verschweigen“.

51a Kaum begreiflich ist, weshalb man<sup>122</sup> hier einen „neuen, außerordentlich bedeutsamen Grundsatzbeschu“ registriert, der „als umfassendste Form der ‚Befreiung vom Strafrecht‘ ... die Tatbestandslösung vorzeichne. Denn die dafür in Anspruch genommenen Sätze – „die Struktur bestimmter Straftatbestände birgt ... für den Verteidiger selbst das Risiko, daß ein prozessual erlaubtes, im Rahmen wirksamer Verteidigung liegendes Verhalten in den Anwendungsbereich des Straftatbestandes fallen kann. Der besonderen Situation des Verteidigers wird durch Auslegung des jeweiligen Straftatbestandes hinreichend Rechnung getragen werden“<sup>123</sup> – bekommen ja doch erst durch die anschließende **Subjektivierung** ihre Verbindlichkeit und verlieren damit ihre **Trennschärfe**<sup>124</sup>.

<sup>118</sup> In diesem Sinne mit anschaulichen Fallbeispielen *Widmaier* FG Bundesgerichtshof IV aaO; so auch *Henning-Ernst Müller* aaO 227/228. Dabei wird allerdings auf einen Radius erlaubter Prozeßhandlungen abgestellt (grundsätzliche Vorbehalte gegen diese Methode s. Vor § 137 ff, 139). Weitgehende Restriktionen möglicher Vorsatzkonstellationen beim Verteidiger mit Blick auf das Gebot, ihn nicht zum „Vorprüfer“ der Wahrheit“ zu machen bei *Kempf* aaO § 1 Rdn. 63.

<sup>119</sup> Auch von *Wohlers* Strafverteidigung vor den Schranken der Strafgerichtsbarkeit, StV 2001 400 krit. hervorgehoben.

<sup>120</sup> BGH StV 2000 427; dazu *Kudlich* JA 2000 15; *Wohlers* aaO.

<sup>121</sup> AaO 429.

<sup>122</sup> *Widmaier* FG Bundesgerichtshof aaO 1054/1055.

<sup>123</sup> BGH aaO 428.

<sup>124</sup> So auch *Wohlers* aaO.



Die grundsätzlichen Schwierigkeiten beginnen, wenn das **Wissen** bzw. die **Prognosen** **51b** des Verteidigers **weiter** gehen. Im Ausgangspunkt scheint alles klar zu sein: strafbare Teilnahme des Verteidigers an einer Falschaussage. Deshalb erhebt sich die Frage, ob der Verteidiger dieses Ergebnis vermeiden kann, indem er den Mandanten bittet, den Antrag zu stellen. Darf dieser das straflos tun, so könnte sich das auf die Beurteilung des Verhaltens des Verteidigers auswirken.

Ob der **Beschuldigte**, wenn er weiß, daß der Zeuge die **Unwahrheit** sagen wird, wegen **51c** **Teilnahme** an einem **Aussagedelikt** bestraft werden muß, ist streitig. Daß er nicht Täter eines Aussagedelikts sein kann, legt den Schluß nahe, er könne dann erst recht nicht Teilnehmer sein. Der Teilnehmer haftet für die Verletzung des gleichen Rechtsguts wie der Täter. Es gibt keinen anderen Strafgrund, so sehr die Formulierung, daß er für die Herbeiführung fremden Unrechts hafte, das Gegenteil zu suggerieren scheint<sup>125</sup>. Die Exklusion des Beschuldigten aus den Tatbeständen der §§ 153 f StGB bedeutet, daß insoweit die Strafrechtspflege ihm gegenüber nicht geschützt ist<sup>126</sup>. Das heißt aber – ebensowenig wie bei § 258 StGB<sup>127</sup> – nicht, er dürfe – wie etwa der Selbstmörder über sein Leben – über das Rechtsgut frei disponieren. Vielmehr ist nur die **strafrechtliche Blockade** des speziellen **Angriffsweges**<sup>128</sup> – unwahre Einlassung – aufgegeben<sup>129</sup>. Wird eine weitere Person – der Zeuge – eingeschaltet, muß die Frage neu gestellt werden. Denn die Strafrechtspflege auf diesem Wege zu gefährden, könnte etwas anderes sein: Lügt der Beschuldigte, so ist das für die Strafrechtspflege am Ende weniger gefährlich als die mit der **Wahrheitspflicht** belastete **Aussage** des Zeugen. Mit dem einheitlichen Strafgrund für Täterschaft und Teilnahme – Verletzung des gleichen Rechtsgutes – scheint also eine unterschiedliche Bewertung der Angriffswege durchaus vereinbar zu sein. Dieser Weg – Einschaltung eines Zeugen – wäre dann **auch** für den **Beschuldigten strafrechtlich blockiert**.

Freilich könnte diese Konstruktion die Strafbarkeit des Beschuldigten auch wegen **51d** **Beteiligung** an seiner durch den Zeugen vereitelten Bestrafung einschließen. Denn auch von der Haftung gemäß § 258 StGB ist der Beschuldigte ja nur befreit, weil sein **unmittelbarer Angriff** auf die Strafrechtspflege nicht strafrechtlich blockiert ist, und **nicht** etwa, weil er über das Rechtsgut Strafrechtspflege verfügen darf. Ist der Angriff des **Zeugen** auf die Rechtspflege wirklich besonders gefährlich, so ist er es, gleichviel ob er – indirekt – über die §§ 153 ff StGB tatbestandlich erfaßt wird oder – direkt – über § 258 StGB. Dann sollte für die strafrechtliche Haftung des Beschuldigten nicht differenziert werden; auch der – über § 258 StGB pönalisierte – direkte Angriff des Zeugen auf die Strafrechtspflege müßte dem Beschuldigten demnach (über die §§ 26 ff StGB) zuzurechnen sein. Aber daß die Straflosigkeit der Täterschaft sogar in diesem Falle nicht automatisch die Straflosigkeit wegen Teilnahme nach sich ziehen würde, lenkt nun den

<sup>125</sup> Auf Einzelheiten dieses Mißverständnisses kann hier nicht eingegangen werden, s. *Lüderssen* FS Miyazawa 449.

<sup>126</sup> So *Prittwitz* (StV 1995 270) krit.: *Hemming-Ernst Müller* aaO 213, 222 ff; er kommt aber – weil „der Beschuldigte vom Druck eines möglichst neuen Strafverfahrens wegen Beteiligung an Falschaussagen freizustellen“ sei – zum gleichen Ergebnis (225); Für Strafbarkeit: *Heinrichs* Die strafbare Beteiligung des Angeklagten an fälschen Zeugen-aussagen, JuS 1995 1115.

<sup>127</sup> Vor § 137 ff, 133c.

<sup>128</sup> Zur Abgrenzung zwischen „Rechtsgut“ und „Angriffsweg“ im Rahmen der Auslegung straf-

rechtlicher Tatbestände vgl. *Lüderssen* Entkriminalisierung des Wirtschaftsrechts (1998) 194 ff.

<sup>129</sup> Das ist eine Frage des Unrechts. Keineswegs handelt es sich nur um eine Entschuldigung. Vielmehr signalisiert die Tatbestandslosigkeit fehlendes Unrecht. Dies folgt formal aus der grundsätzlichen Entscheidung des Gesetzgebers, im Tatbestand primär das Unrecht festzulegen. Materiell muß man sich klarmachen, daß die situationsunabhängige Typisierung eines für unzumutbar gehaltenen Verhaltens durchaus noch den Grad von Verallgemeinerung aufweist, der eine Entscheidung auf der Rechtswidrigkeitsebene nahelegt.

Blick auf das bisher **verborgen gebliebene Problem**: Die Pönalisierung einer Teilnahmehandlung nur wegen der besonderen Gefährlichkeit der Täterhandlung für das Rechtsgut wäre in **Wahrheit** die **Etablierung** eines zusätzlichen **Gefährungsdeliktes** extra legem und würde damit gegen die – ungeachtet kleinerer Differenzen – herrschende Lehre vom Strafgrund der Teilnahme verstoßen, die auf der Gleichheit der gegenüber Täter und Teilnehmer geschützten Rechtsgüter besteht. Nimmt man diesen Grundsatz ernst, so scheidet – entgegen dem ersten Eindruck – eine Strafbarkeit des **Beschuldigten** wegen Teilnahme an einer falschen zu seinen gunsten gemachten, für den Zeugen gemäß §§ 153 ff StGB strafbaren Aussage aus.

**51e** Gleichwohl ist nicht sicher, daß der **Verteidiger**, wenn er den Beschuldigten zu diesem Vergehen bewegt, straflos bleibt. Er könnte Straffreiheit beanspruchen, sofern für **seine Teilnahmehandlung** nur die „Teilnahme“ des Beschuldigten an der falschen Aussage als **Haupttat** in Betracht käme: das Vorliegen der **Haupttat** wäre dann abzulehnen, weil der Beschuldigte nicht tatbestands-rechtswidrig handelt. Selbst die wert-akzessorisch orientierte Variante der Verursachungstheorie könnte die Handlung des Beschuldigten nicht als Haupttat fixieren, denn auch sie sieht den Strafgrund der Teilnahme in der entfernten Urheberschaft für die Rechtsgutsverletzung<sup>130</sup>. Das hier verletzte Rechtsgut ist gegenüber dem entfernteren Teilnehmer, dem Verteidiger, ebenso geschützt wie gegenüber dem **Täter der Aussage**. An dessen Tat knüpft sich hier also das Teilnahmeverhalten des Verteidigers; **sie ist die Haupttat**. Die **Teilnahme** des Verteidigers an der Teilnahme des Beschuldigten an der falschen Aussage des Zeugen ist mithin Teilnahme an der falschen Aussage des **Zeugen**, und der Verteidiger kann sich dafür – anders als der Beschuldigte – nicht über den Hinweis auf eine prinzipielle Straflosigkeit gemäß §§ 153 ff StGB aus der Affäre ziehen.

**51f** Es bleibt auch dann<sup>131</sup> also nur der Rekurs auf die Loyalitätspflicht des Verteidigers. Die **straffreie**<sup>132</sup> **Benennung** von Entlastungszeugen durch den Beschuldigten darf durch die **Pönalisierung** des auf der **gleichen Linie** aktiv werdenden **Verteidigers** – selbst wenn er den Antrag stellt – **nicht behindert** werden. Diese Folge aus dem Vertrag, den der Verteidiger mit dem Beschuldigten schließt, müßte – wie bei § 258 StGB – alle Vereinbarungen umfassen, die nicht zu einer die Autonomie des Beschuldigten mißachtenden, gemäß §§ 134, 138 BGB die Nichtigkeit des Vertrags bewirkende Dominanz des Verteidigers führen.

**51g** Verteidiger, die in diese **Loyalität** nicht hineingezogen werden möchten, könnten sich freilich durch eine entsprechende, womöglich **berufsrechtlich abgesicherte Vertragsgestaltung** salvieren. Damit würde die in der Straflosigkeit der Zeugenbenennung liegende Billigung nicht etwa doch noch unterlaufen; vielmehr würde die Lösung des Problems auf die **richtige Ebene** geschoben. Dort kann im übrigen dann auch der Beschuldigte frei entscheiden, ob er die in bestimmten Situationen retardierende Funktion eines sich zur Wahrheit verpflichtenden Verteidigers angesichts der kompensierenden Kompetenzen, die dieser einbringt, in Kauf nehmen möchte. Im Fall des Zwangsverteidigers wäre er darauf freilich angewiesen, das zu tun. Daraus ergäbe sich für den Pflichtverteidiger eine besondere Verantwortung, die **Verständigung** mit dem **Beschuldigten** zu suchen, vor allem in den Fällen, in denen der Beschuldigte autonom genug ist, um auf einen Verteidiger verzichten zu können<sup>133</sup>.

<sup>130</sup> Dazu Lüderssen FS Miyazawa 454 ff.

<sup>131</sup> Mit Blick auf § 258 StGB LR-Lüderssen Vor § 137 ff, 133d.

<sup>132</sup> Hier ist die entscheidende Zäsur: nur bei Angriffen auf Rechtsgüter, die auch der Beschuldigte nicht verletzen darf, entfällt eo ipso die Loyalität des Verteidigers.

<sup>133</sup> Das sind die Fälle der notwendigen Verteidigung, die eigentlich nur durch die Armut des Beschuldigten ausgelöst werden sollten (also die meisten), s. Vor § 137, 70.

Daß der Zeuge außerdem, anders als der Beschuldigte, auch tauglicher Täter der Strafreitelung gemäß § 258 StGB ist, darf aber nicht zu einem voreiligen Schluß auch auf die Strafbarkeit des an dieser **Strafreitelung nur teilnehmenden** Verteidigers führen. Denn soweit die falsche Aussage des Zeugen nicht nur den Tatbestand des § 153 oder § 154 StGB, sondern auch noch den des § 258 StGB erfüllt, hat das für den dazu in irgendeiner Form beitragenden Beschuldigten keine strafrechtlichen Folgen; § 258 StGB gilt – bezogen auf *sein* Strafverfahren – für ihn nicht. **51h**

Indessen geht es auch hier (nicht nur) um die „**Teilnahme**“ des Verteidigers an der seine Bestrafung vereitelnden Handlung des Beschuldigten, sondern auch um die „echte“ Teilnahme an einer Strafreitelungshandlung des Zeugen. **52**

Wiederum muß deshalb auf die **Loyalitätspflicht** des Verteidigers zurückgegriffen werden. Seine Bestrafung gemäß §§ 258, 26, 27 StGB würde den Beschuldigten in der Verteidigung behindern<sup>134</sup>. Eine nach allen Seiten befriedigende Lösung wird auch hier nur auf dem Gebiete des Berufsrechts zu finden sein<sup>135</sup>. **53**

Auch wenn **nicht falsch**, sondern **gar nicht** ausgesagt wird, kommt es **demnach** für den Verdacht einer strafbaren Strafreitelung durch den Verteidiger nicht darauf an, ob und in welchem Maße er sich bei seiner Einflußnahme auf den **die Aussage verweigern- den Zeugen** „unlauterer“ Mittel bedient, solange diese nicht auch im Verhältnis zum Mandanten zu einer vertraglich nicht mehr gedeckten Beherrschungssituation führen<sup>136</sup>. Dies verkennt der Bundesgerichtshof<sup>137</sup>, der einem Verteidiger, welcher bei der Beratung von Angehörigen des Beschuldigten über ihr Zeugnisverweigerungsrecht in § 136a für unzulässig erklärte Methoden benutzt, gleichsam automatisch strafbare Begünstigung (jetzt Strafreitelung) vorwirft, ohne das **Verhältnis zwischen Verteidiger und Beschuldigtem** im einzelnen zu prüfen. Mehr als eine (widerlegbare) Vermutung, daß der Mandant mit dem Verhalten seines Verteidigers nicht einverstanden gewesen sei, ist diesem Sachverhalt nicht abzugewinnen. **54**

Eine ausdrückliche Vereinbarung, der Verteidiger solle so vorgehen, wäre wegen Verstoßes gegen §§ 134, 138 BGB zwar nichtig, könnte aber die Straffreiheit gemäß § 258 StGB nicht in Frage stellen. Die Vereinbarung zwischen Verteidiger und Beschuldigtem ist für die Entscheidung *dieser* Frage nur insofern von Bedeutung, als sie etwas über die **faktische Aufgabenverteilung** zwischen Verteidiger und Beschuldigtem sagt. Ist sie unwirksam, so hat das andere wichtige Folgen: Etwa der Verteidiger ist nicht verpflichtet, das zu tun, worauf er sich mit dem Beschuldigten geeinigt hat; dieser ist nicht verpflichtet, Honorar zu zahlen etc<sup>138</sup>. Das Gleiche gilt, wenn der Verteidiger nicht mit unerlaubten Mitteln die Wahrnehmung eines Schweigerechts zu erreichen sucht, sondern auf einen zur Aussageverweigerung gar nicht berechtigten Zeugen einwirkt: nach § 258 StGB **strafbar** kann das nur sein, wenn der Anteil des Beschuldigten an diesem Vorgang im Verhältnis zu dem des Verteidigers als untergeordnet erscheint. **55**

**dd) Weitere Fälle.** Bei mehreren Beschuldigten tritt gelegentlich die Situation ein, daß ein in Untersuchungshaft befindlicher **Mitbeschuldigter** eine **Nachricht** an einen anderen Mitbeschuldigten gelangen lassen möchte und in diesem Zusammenhang die **Verteidiger** tätig werden. Das OLG Frankfurt<sup>139</sup> nimmt Strafreitelung (bzw. Strafreitelungsversuch) nur an, wenn die Verteidiger bei den Übermittlungen die Absicht verfolgen, „daß die Angeklagten ihre Einlassungen in der Hauptverhandlung bewußt **56**

<sup>134</sup> Vgl. im übrigen oben Rdn. 51h.

<sup>135</sup> Vgl. oben Rdn. 51e.

<sup>136</sup> Vgl. OLG Düsseldorf AnwBl. 1997 567.

<sup>137</sup> BGHSt 10 393 ff (394, 395).

<sup>138</sup> S. auch Vor § 137, 134.

<sup>139</sup> OLG Frankfurt NSTZ 1981 144.

wahrheitswidrig aufeinander abstimmen“. Aber diese Abstimmungen der Mitbeschuldigten wären ja der Versuch einer tatbestandslosen Vereitelung ihrer eigenen Bestrafung, so daß die Verteidiger, indem sie diese Abstimmung durch Übermittlung der Informationen ermöglichen, ebenfalls straflos wären, es sei denn, die Abstimmung wäre unter ihrer **Dominanz** zustandegekommen. Dementsprechend ist zu entscheiden, wenn der Verteidiger seinen Mandanten vor der Belastung durch einen Mitbeschuldigten schützen will, indem er dessen Flucht zu veranlassen sucht<sup>139a</sup>.

- 57** Anders liegen häufig die Fälle, in denen der Verteidiger direkt Einfluß nimmt auf die Tätigkeit der **Strafverfolgungsorgane**.
- 58** Wenn er etwa den Beschuldigten kurz nach der Tat in seine Kanzlei bringt<sup>140</sup> und dadurch dessen Festnahme durch die Polizei verzögert, so ist nur **er** und **nicht** auch der **Beschuldigte** Herr des Geschehens; der Verteidiger erfüllt also den Tatbestand des § 258 StGB.
- 59** Veranstaltet der Verteidiger gegenüber den Ermittlungsbehörden ein **Täuschungsmanöver**, um herauszufinden, ob seinem Mandanten eine Festnahme droht, hat er ebenfalls im Zweifel die Fäden dieser Aktion<sup>141</sup> so in der Hand, daß der **Mandant**, gleichviel, ob er davon weiß oder sogar damit einverstanden ist, in einer **untergeordneten Rolle** erscheint. Insofern ist die vom Kammergericht beschlossene Ausschließung des Verteidigers wegen des Verdachts einer versuchten Strafvereitelung zu Recht erfolgt<sup>142</sup>.
- 60** Erfährt der Verteidiger von der **bevorstehenden** Verhaftung indessen aus den Akten und macht dem Beschuldigten eine entsprechende **Mitteilung**, so handelt er auf der Grundlage des prinzipiell dem **Beschuldigten** zustehenden **Akteneinsichtsrechts**<sup>143</sup> und damit als strafloser „Gehilfe“ des durch die Benutzung dieser Information seiner eigenen Bestrafung straflos entgegenwirkenden Beschuldigten<sup>144</sup>.
- 61** Wieder „täterschaftliche“ Handlungen des Verteidigers liegen beim **Kassiberschmuggel** vor; hier ist der – inhaftierte – Beschuldigte in der klaren Rolle des selbst handlungsunfähigen Anstifters. Auf die zusätzlichen Begründungen, die von den Gerichten gegeben zu werden pflegen<sup>145</sup>, kommt es nicht an. Enthalten die Kassiber **Anweisungen zur Begehung (weiterer) Straftaten**, so ist zugleich eine Strafbarkeit des Verteidigers wegen Beteiligung **daran** indiziert.
- 62** Auch wenn der Verteidiger sich an die Adresse eines Verfahrensbeteiligten richtet, scheidet, wenn sein Verhalten als – teilnehmerschaftliche oder täterschaftliche – Unterstützung des seiner eigenen Bestrafung straflos entgegenwirkenden Beschuldigten aufzufassen ist, Strafvereitelung des Verteidigers aus. Das ist etwa für den Fall zu bejahen, daß der Verteidiger **Prozeßerklärungen** seines Mandanten zur **Presse** gibt<sup>146</sup>.
- 63** Nach dem gleichen Grundsatz ist die **Einflußnahme** auf **Strafantragsberechtigte** und **Anzeigerstatter** zu beurteilen. Anders als bei der Einflußnahme auf Zeugen oder die Benennung von Zeugen fehlt hier eine spezialisierte Strafdrohung, so daß die Frage, ob der Verteidiger auf diesem Wege Strafvereitelung begehen kann, sich nur stellt, wenn er im Umgang mit den Strafantragsberechtigten und Anzeigerstattern **allgemeine Normen** verletzt (z. B. eine Nötigung begeht)<sup>147</sup> **und daraus** auf täterschaftliche **Strafvereitelung**

<sup>139a</sup> Vgl. dazu den der in Fußn. 115 am Ende zit. Entscheidung (BGH StV 2001 108) zu Grunde liegenden Sachverhalt.

<sup>140</sup> Vgl. den Sachverhalt in OLG Hamm vom 18.6.1959; DAR 1960 15 D.

<sup>141</sup> KG NStZ 1983 556 mit Anm. Mehle.

<sup>142</sup> Zutreffend allerdings die Kritik Mehles (aaO) an dem generellen Informationsverbot, das das KG

bei dieser Gelegenheit ausspricht. Vgl. auch die folgende Rdn.

<sup>143</sup> Vgl. § 147, 9.

<sup>144</sup> Einzelheiten bei § 147, 127.

<sup>145</sup> BGH NJW 1972 2140.

<sup>146</sup> BGHSt 31 16.

<sup>147</sup> Dazu Hassemer (Formularbuch<sup>4</sup>) 26 ff mit Belegen.

zu **schließen** ist. Das ist keineswegs zwingend. Beispielsweise bleibt es auch in diesem Fall – unbeschadet der Strafbarkeit nach anderen Vorschriften – bei strafloser Teilnahme an der in der Person des Beschuldigten straflosen Strafvereitelung, wenn eine **Eigenverantwortung** des Beschuldigten festzustellen ist.

Strafvereitelung des Verteidigers kann schließlich durch den Umgang mit **Beweismitteln** indiziert sein. Der in einem Verfahren wegen Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz tätige Verteidiger erhält z. B. Rauschgift und vernichtet es. Das OLG Zweibrücken, das über einen solchen Fall zu entscheiden hatte<sup>148</sup>, verneint Strafvereitelung, weil die Vortat nicht bewiesen war. Wäre gegen den Verteidiger nicht Anklage erhoben, sondern sein Ausschluß nach § 138a beantragt worden, hätte das Gericht so nicht entscheiden dürfen, sondern sich zu dem **Verdacht** äußern müssen. Die Antwort auf die Frage nach der **Alleintäterschaft** des Verteidigers hinge dann von den Umständen ab. Hätte der Beschuldigte das Rauschgift dem Verteidiger übergeben, so wäre bis dahin ein den Verteidiger von der Haftung nach § 258 StGB **freistellendes Zusammenwirken** mit dem ebenfalls **verantwortlich** handelnden **Beschuldigten** gegeben<sup>149</sup>. (Auf einem anderen Blatt steht die strafrechtliche Haftung nach dem BtMG, aber sie zieht sich natürlich nicht automatisch die Strafbarkeit nach § 258 StGB nach sich). Bei der Vernichtung hingegen hatte der Beschuldigte keine Einwirkungsmöglichkeit mehr, es sei denn, man begreift den Verteidiger insofern als denjenigen, der die einmal **begonnene Arbeitsteilung** nur dem gemeinsamen Plane entsprechend zwar allein, aber vom Mandanten gesteuert, zu Ende bringt. Das ist angesichts der **ohnmächtigen** Situation des **inhaftierten Beschuldigten** aber eher eine Fiktion. Noch eindeutiger liegt es, wenn – so verhält es sich in dem entschiedenen Fall – die Mutter des Mandanten (wiewohl später selbst beschuldigt) das Rauschgift übergibt. Hier **fehlt** jede die Loyalitätspflicht des Verteidigers auslösende Mitwirkung des Mandanten (daß die Beteiligung der Mutter unter das Angehörigenprivileg [§ 258 Abs. 6 StGB] fällt, kann dem Verteidiger natürlich nicht zu gute kommen); das unterscheidet den Fall, von dem der mit dem Mandanten verabredeten Zeugenbenennung<sup>150</sup>.

**ee) Rechtfertigung bei nicht eigenverantwortlichem Verteidigungsverhalten des Beschuldigten. Allgemeines.** Ein Verteidiger, dessen Tätigkeit sich nicht als die eines Partners des autonomen Beschuldigten darstellt, sondern als die jemandes, der ihn dirigiert oder über seinen Kopf hinweg agiert (beispielsweise Zeugen selbständig benennt), kann nicht die Vermutung in Anspruch nehmen, sich außerhalb der Strafvereitelung und verbotenen Zeugenbenennung zu bewegen.

Sein insofern nach § 258 StGB oder §§ 26, 27, 153 StGB tatbestandsmäßiges Verhalten kann aber durch § 137 Abs. 1 S. 1 in Verb. mit dem **Vertrag** zwischen Beschuldigtem und Verteidiger gerechtfertigt sein.

Daß ein **privater Vertrag** an der **Rechtfertigung** der Verletzung eines Rechtsguts der Allgemeinheit<sup>151</sup> (des öffentlichen Strafanspruchs) beteiligt ist, findet seine Erklärung in der von der Strafprozeßordnung geschaffenen **Konzeption der Verteidigung**<sup>152</sup>. Sie zeichnet diesen Weg durch die eindeutige Formulierung im § 137 (kann [...] sich bedienen)<sup>153</sup> vor, d. h. die Handlungskompetenz, welche die Strafprozeßordnung dem Verteidiger gibt, setzt die Schließung eines Vertrages voraus.

<sup>148</sup> OLG Zweibrücken AnwBl. 1983 126.

<sup>149</sup> S. oben Rdn. 51f und 51g.

<sup>150</sup> S. schon Vor § 137, 132 bis 135.

<sup>151</sup> Bei Rechtsgütern des einzelnen ist das ganz geläufig (vgl. *Hans-Dieter Weber* Der zivilrechtliche Vertrag als Rechtfertigungsgrund im Strafrecht [1986]).

<sup>152</sup> Vgl. grundlegend Vor § 137, 33 ff.

<sup>153</sup> Für die Auswirkung auf die Pflichtverteidigung s. Vor § 137, 57 ff und § 137, 10.

- 68 Damit wird eine Beschränkung staatlicher Macht zugunsten eines privaten Status vorgenommen. Keineswegs handelt es sich dabei um den privaten Status des seinen Beruf frei ausübenden Verteidigers, sondern um den **Status des Beschuldigten**. Zur **Anerkennung** dieses Status gehört – das ist der Sinn des § 137 Abs. 1 –, daß der Beschuldigte sich – durch **Privatvertrag** – der Hilfe eines Verteidigers bedienen kann. Sein Recht, sich der Strafverfolgung zu entziehen, weshalb § 258 StGB ihn auch ohne weiteres von der Haftung ausschließt, wird insofern auf die Tätigkeit eines Verteidigers erstreckt. Auch für ihn gilt insoweit die Ausnahme vom Verbot, die Strafverfolgung des Staates zu hindern. Aber diese Ausnahme ist daran geknüpft, daß die Tätigkeit des **Verteidigers nicht aus eigenem Recht** erfolgt, sondern **akzessorisch zum Beschuldigten**. Diese Akzessorietät wird durch den Vertrag hergestellt. In dieser Funktion ist der Vertrag eine Voraussetzung für die Teilhabe des Verteidigers an der Exemption von der Strafvorschrift des § 258 StGB. Daß diese Exemption beim Verteidiger (sofern er alleintäterschaftlich handelt) erst auf der Rechtfertigungsebene stattfindet, folgt aus der **anerkannten Struktur des tradierten Deliktsbegriffs**, wonach das, was typischerweise eine Rechtsgutsverletzung darstellt, erst einmal tatbestandsmäßig ist und die Ausnahmen von dieser Regel durch das System der Rechtfertigungsgründe eingefangen werden. Gemessen an der Fülle möglicher Strafvereitelungshandlungen ist die Tätigkeit des Verteidigers durchaus eine Ausnahme – wenn sie alleintäterschaftlich erfolgt (anders bei der schon tatbestandslosen Teilnahme oder partnerschaftlichen Mittäterschaft).
- 69 Gibt es **generell** eine **Vereinbarung**, deckt sie aber (Auslegungsfrage) eine einzelne Aktion des Verteidigers nicht, so scheidet für diese Aktion die Rechtfertigung nach § 137 Abs. 1 S. 1 aus.
- 70 Gibt es eine **Vereinbarung**, ist sie indessen gemäß §§ 134 bzw. 138 BGB unwirksam, so gilt das Gleiche<sup>154</sup>.
- 71 Es bleiben für die Rechtfertigung auf der Basis von § 137 Abs. 1 S. 1 nur die Fälle ausschließlicher Tatherrschaft des Verteidigers übrig. Zu denken ist dabei etwa an den durch seinen Beruf voll in Anspruch genommenen Beschuldigten, der seinem **Verteidiger ganz freie Hand läßt**, ja vielleicht ausdrücklich darum bittet, nicht mit Anfragen um Genehmigung einzelner Schritte behelligt zu werden. Diese Vereinbarung macht den Verteidiger zwar nicht automatisch zum – schon den Tatbestand des § 258 nicht erfüllenden – Gehilfen oder „Mittäter“ des Beschuldigten; seine tatbestandsmäßige Alleintäterschaft kann aber gerechtfertigt werden, wenn der Vertrag in Ordnung ist.
- 71a Der Vertrag kann dabei mit Blick auf die „Dienste höherer Art ..., die aufgrund **besonderen Vertrauens** übertragen zu werden pflegen“, so ausgestaltet sein, daß dem Verteidiger **die erforderliche Freiheit** verbleibt. Das heißt aber nicht, daß es auch in Zweifelsfällen, etwa bei der Befragung eines Zeugen, nicht einer ins einzelne gehenden Verständigung bedarf. Prophylaktisch kann natürlich für gewisse Situationen ausgemacht werden, daß nur der Verteidiger fragt. Weshalb die Vertragstheorie „den Besonderheiten des Verteidigervertrages nicht gerecht wird<sup>155</sup> ist also nicht recht einzusehen.
- 72 Diese besondere Prüfung ist gegenüber einem **dominanten** Verteidiger ein wichtiges **Kontrollmittel**. Sein Einsatz wird mühelos möglich durch die Benutzung des vom materi-

<sup>154</sup> Daß die Unwirksamkeit der Vereinbarung an der Verteilung der Tatherrschaft unter Beschuldigtem und Verteidiger nichts ändert, insofern also ohne Einfluß auf die Anwendbarkeit des § 258 StGB bleibt, steht auf einem anderen Blatt. Insofern geht es darum, wie die trotz Unwirksamkeit der Verein-

barung bestehende Tatherrschaft des Verteidigers zu bewerten ist. Ob ein Vertrag etwa als Rechtfertigungsgrund dafür in Frage kommt, hängt indessen durchaus auch von seiner Wirksamkeit ab.

<sup>155</sup> So *Kempfin*: *Brüssow* u. a. (Hrsg.) 26.

ellen Strafrecht ausgebildeten Instrumentariums stufenweiser Bewertung. Dieses harmonisiert – spiegelbildlich – mit der Technik der Beurteilung einer Reihe von Maßnahmen der Strafverfolgungsbehörden. Durchsuchung, körperliche Untersuchung, Beschlagnahme, Festnahme sind alltägliche Vorgänge in einem Ermittlungsverfahren und gleichwohl zunächst tatbestandsmäßig, bedürfen der Rechtfertigung; die §§ 102, 103, 81a, 112 ff, 127, 163a sind längst als klassische Rechtfertigungsgründe des materiellen Strafrechts anerkannt; niemand kommt auf den Gedanken, in einem Durchgang diese Maßnahmen auf ihre Zulässigkeit hin zu prüfen; genau das geschieht aber, wenn die herrschende Lehre und Rechtsprechung die Frage nach dem „strafvereitelnden“ Charakter von Verteidigungshandlungen **global im Vorfeld** des § 258 StGB zu beantworten sucht.

Die **Indizwirkung** der strafrechtlichen Tatbestände, die durch die **Zwangsmittel** verwirklicht werden, ist sogar noch stärker als die des § 258 StGB, weil die Fälle tatbestandsloser Teilnahme praktisch ausscheiden. **73**

Folgt man der täterschaftlich orientierten Auslegung des § 258 StGB nicht (oder kommt vielleicht auch einmal eine entsprechende Änderung des § 258 StGB, die vereinzelt gefordert wird), so ergreift die **Indizwirkung** auch „**teilnehmerschaftliche**“ und jede Form der „**mittäterschaftlichen**“ **Verteidigung**, so daß deren Legitimation erst auf der **Rechtfertigungsebene** stattfinden könnte. Damit wäre dann eine Art Symmetrie zur Technik der Legitimation von Eingriffen der Strafverfolgungsbehörden geschaffen. Da der **Verteidiger in die Tätigkeit des Staates** eingreift, könnte man – bei mehr obrigkeitlichem Verständnis – das sogar für die besonders angemessene Lösung halten – ein Argument für die extensive Auslegung des § 258 StGB. Eine weniger obrigkeitsstaatlich orientierte Dogmatik indessen müßte die schwache Indizwirkung des § 258 StGB eher begrüßen – ein Argument für die restriktive Auslegung. Anders wiederum stellt sich die Frage – hier ist der Grund für die konturenlose Einheitslösung der herrschenden Lehre und Rechtsprechung zu finden –, wenn man die Tätigkeit des Verteidigers von vornherein gar nicht als Eingriff in die staatliche Strafverfolgungsarbeit auffaßt, weil er ein Teil dieser Strafverfolgung sei, in Gestalt des – nach dem Prinzip der dialektischen Wahrheitsfindung – einseitig zugunsten des Beschuldigten auftretenden Organs der Rechtspflege. Man hat dann in der Tat Schwierigkeiten, überhaupt eine Indizwirkung der Strafverteidigertätigkeit i. S. d. § 258 StGB anzunehmen. Das klingt sehr verteidigerfreundlich, ist aber, wie die Kritik an der Auffassung, daß der Verteidiger ein Organ der Rechtspflege sei<sup>156</sup>, zeigt, in Wahrheit nur eine Verschleierung des Versuchs, seiner Parteilichkeit für den Beschuldigten dann doch im Interesse einer effektiven Strafrechtspflege Grenzen zu setzen. **74**

Jenseits der Fälle, in denen eine Rechtfertigung auf der Basis des § 137 Abs. 1 S. 1 ausscheidet, weil kein Vertrag besteht oder der Vertrag unwirksam ist, mag es Situationen geben, in denen man dem eigenmächtig handelnden Verteidiger gleichwohl die Rechtfertigung nicht versagen möchte. Hier könnten **allgemeine Rechtfertigungsgründe** wie § 34 oder § 193 StGB in Erwägung zu ziehen sein, etwa bei einer prozessualen Schiefelage, die wegen des von der Verteidigung nicht zu vertretenden Verlusts der Chancen, einen prozessual korrekten Entlastungsbeweis zu führen, entstanden ist und einer notstandsähnlichen Lage für den Beschuldigten gleichkommt. Allerdings ist, auch wenn das Berufsrecht es gestattet, daß ein gegenüber der Verteidigung geständiger Beschuldiger, wenn die Beweismöglichkeiten es zulassen, mit dem Verteidiger vereinbart, daß er, ohne sich noch weiter mit dem Beschuldigten abzustimmen, also „alleintäterschaftlich“ auf Freispruch hinarbeiten darf, der Fall eines Verteidigers, der das ohne oder gar gegen **75**

<sup>156</sup> Vgl. im einzelnen Vor § 137, 46 ff.

den Willen des Beschuldigten tut (so daß eine auf § 137 Abs. 1 S. 1 gestützte Rechtfertigung eines alleintäterschaftlich handelnden Verteidigers entfällt), kaum vorstellbar.

- 76 Eine **indizielle Funktion** dafür, wann der Verteidiger sich wegen tatbestandsmäßiger Handlung im Sinne des § 258 StGB auf einen Rechtfertigungsgrund berufen darf, mögen die Entscheidungen haben, die dem Verteidiger für die Verletzung anderer strafrechtlicher Normen einen Rechtfertigungsgrund zubilligen<sup>157</sup>.
- 77 **ff) Probleme des subjektiven Tatbestands und der Schuld.** Strafrechtssystematisch vor der Frage nach der Rechtfertigung, praktisch aber wohl erst danach muß geprüft werden, ob der Verteidiger wissentlich oder absichtlich gehandelt hat<sup>158</sup>. Hier kommt es einmal auf die genaue Herausarbeitung der Zielsetzung an<sup>159</sup>, ferner darauf, die Bedeutung des Kriteriums der Parallerwertung in der Laiensphäre für berufsbezogenes Handeln richtig einzuschätzen<sup>160</sup>.
- 78 Ganz selten, aber auch nicht ausgeschlossen, dürfte der Fall insoweit **mangelnder Schuld** des Verteidigers sein. Das gilt jedenfalls für die Entschuldigungsgründe der §§ 20, 21, 35 StGB; vorsichtiger bei der Ablehnung einer Exkulpation sollte man aber schon wieder sein im Falle des Verbotsirrtums (§ 17 StGB) wegen der nicht immer leicht zu vollziehenden Abgrenzung zum – im Prinzip nach § 16 StGB zu entscheidenden – Beurteilungsirrtum.
- 79 **gg) Zusammenfassung.** Es ergibt sich mithin für die Prüfung oder Zulässigkeit des Verteidigerhandelns unter dem Gesichtspunkt des § 258 StGB folgende Reihenfolge:
- 80 Zunächst ist zu prüfen, ob das Verhalten des Verteidigers dem **Beschuldigten die volle Verantwortung, auch im Detail**, läßt, so daß es nur als Teilnahme oder (straflose) „Mittäterschaft“ einzustufen ist. Kann die Frage mit Ja beantwortet werden, so sind alle weiteren Überlegungen entbehrlich; auch die Frage nach dem Vertrag (Zustandekommen, Wirksamkeit, Erstreckung auf alle Einzelhandlungen etc.) kann offenbleiben, soweit eine Antwort darauf nicht schon insofern erforderlich war, als sich aus dem Vertragsverhältnis (auch) der Grad der Mitwirkung des Verteidigers ablesen läßt. Das kann so sein (auch in dem Sinne, daß dem Verteidiger gerade die „Alleintäterschaft“ eingeräumt wird), ist aber nicht zwingend, weil es für die materiell-Strafrechtliche Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, strafbarer Mittäterschaft und „strafloser Mittäterschaft“ auf die **faktische** Ausgestaltung der Beteiligungsverhältnisse ankommt.
- 81 Liegt „Alleintäterschaft“ vor (gleichviel, ob aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse oder – schon – durch den Vertrag so vereinbart), so ist der Tatbestand des § 258 StGB erfüllt. Eine Rechtfertigung kann sich aber ergeben aus § 137 Abs. 1 S. 1 in Verb. mit dem Vertrag zwischen Beschuldigtem und Verteidiger.
- 82 **Fehlt ein Vertrag** bzw. erstreckt er sich nicht auf die fragliche Handlung des Verteidigers, so scheidet an dieser Stelle die Rechtfertigung schon aus; die Befreiung des Verteidigers von einem strafrechtlichen Vorwurf kann nur noch mit Blick auf die subjektive Tatseite oder die Schuld erfolgen.

<sup>157</sup> Vgl. etwa LG Frankfurt AnwBl. 1971 109; LG Hechingen NJW 1984 1766 ff; BGH StV 1987 533 – alle zu dem Problem der Wahrnehmung berechtigter Interessen im Falle einer Beleidigung, §§ 185, 193 StGB; OLG Frankfurt NJW 1979 1172 – durch Notstand gerechtfertigte Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes, §§ 201, 34 StGB.

<sup>158</sup> OLG Düsseldorf StV 1997 566.

<sup>159</sup> S. OLG Köln StraFo. 1999 233 ff und im übrigen die nicht direkt einschlägigen, aber gleichwohl

beachtlichen Ausführungen von *Dahs* BRAK-Mitt. 1987 164 zu einem Fall von Informationsvermittlung an den Angeklagten.

<sup>160</sup> Ein signifikanter Fall gründlicher Untersuchung der aus der Sicht der Verteidigung wahrscheinlichen Beurteilung der Vorsatztatsachen findet sich in OLG Braunschweig StV 1984 500, s. dazu schon oben Rdn. 48; s. auch BGHSt 29 99.



Ist der Vertrag zustandegekommen und „deckt“ er auch die fragliche Handlung des Verteidigers, so ist weiter zu prüfen, ob er – je nachdem, worauf es ankommt – im Ganzen oder im Detail – auch **wirksam ist**. 83

Er könnte wegen eines Verstoßes gegen ein **Gesetz unwirksam** sein (§ 134 BGB). 84

Er könnte, wenn er nicht schon gegen ein Gesetz verstößt, gegen die **guten Sitten** verstoßen und deshalb unwirksam sein (§ 138 BGB). 85

Scheidet eine Rechtfertigung gemäß § 137 Abs. 1 S. 1 aus, so ist zu prüfen, ob andere, **allgemeine Rechtfertigungsgründe** vorliegen (u. a. §§ 34, 193 StGB). 86

Bei fehlender Rechtfertigung kann die Strafbarkeit des Verteidigers immer noch am **Mangel des subjektiven Tatbestandes** scheitern. 87

Schließlich sind **Entschuldigungsgründe** zu erwägen, insbesondere der Verbotsirrtum. 88

Der nach § 138a erforderliche **dringende Verdacht** muß sich auf sämtliche Deliktstufen beziehen<sup>161</sup>. 89

**3. Mißbrauch des Verkehrsrechts (Abs. 1 Nr. 2).** Die Ausschlußgründe der Nr. 2, nicht im ursprünglichen Entwurf<sup>162</sup> enthalten, sollen Gefahren vorbeugen, die entstehen können, wenn der Verteidiger, sei es im Zusammenwirken mit dem Beschuldigten, sei es selbständig, den freien unüberwachten Verkehr mit dem verhafteten Beschuldigten für verteidigungsfremde Zwecke ausnützt. Der Ausschlußgrund wurde der ursprünglichen Absicht vorgezogen, den freien Verkehr zwischen Verteidiger und Beschuldigtem einzuschränken<sup>163</sup>. 90

**a) Allgemeine Voraussetzungen.** Der Grundsatz, daß der Beschuldigte die Möglichkeit haben muß, mit seinem Verteidiger unbeschränkt zu verkehren, ist bereits § 137 Abs. 1 S. 1 zu entnehmen und in § 148 Abs. 1 noch einmal ausdrücklich formuliert. Was im einzelnen unter Verkehr zu verstehen ist, ergibt sich aus der Konkretisierung, welche diese Vorschrift durch Rechtsprechung und Lehre erfahren hat<sup>164</sup>; das gilt auch für zeitliche Grenzen<sup>165</sup> und Kontrollen<sup>166</sup>. 91

Vom **nicht auf freiem Fuß befindlichen Beschuldigten** ist die Rede in § 35 Abs. 3, § 147, § 148, § 216 Abs. 2, § 299 Abs. 1, § 250 Abs. 3 S. 1 (vgl. auch § 42 Abs. 1 Nr. 2 JGG). Nach der Rechtsprechung<sup>167</sup> kommt jede Freiheitsentziehung im weitesten Sinne in Betracht (also auch der Fall, in dem die Freiheitsentziehung auf dem Willen des Vormunds beruht, der der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf)<sup>168</sup>. Dieser weiten Auslegung folgt *Wendisch*<sup>169</sup> zu Recht für den von ihm behandelten Fall, daß mit der Vorschrift ein Fürsorgezweck verfolgt wird. Bei der hier behandelten Vorschrift dagegen ist diese weite Auslegung zweifelhaft. Von einem Fürsorgezweck kann keine Rede sein. Nicht nur durch Abs. 1 Nr. 2, sondern auch durch Abs. 4 und 5 werden die Rechte des Verteidigers und die des Beschuldigten empfindlich beschränkt. Daher muß die Vorschrift als seltene Ausnahme **eng ausgelegt** werden. Man wird daher nur den Beschuldigten als nicht auf freiem Fuß befindlich ansehen können, dem die Freiheit durch einen **behördlichen Akt** der öffentlichen Gewalt wider seinen Willen oder wider den Willen seines gesetzlichen Vertreters oder Vormunds unmittelbar entzogen worden 92

<sup>161</sup> Noch „weitgehend ungeklärt ist, wo bei erlaubtem Verteidigerhandeln die Grenze zwischen strafloser Vorbereitung und strafbarem Versuchsbeginn verläuft“ (*Meyer-Goßner FS Bundesgerichtshof* u. a. 639).

<sup>162</sup> BTDrucks. 7 2526 = AnwBl. 1974 214.

<sup>163</sup> *Kröpil DRiZ* 1996 448; *ders.* JR 1997 315.

<sup>164</sup> Vgl. § 148, 12 bis 16.

<sup>165</sup> Vgl. § 148, 7 bis 8.

<sup>166</sup> Vgl. § 148, 17 bis 19.

<sup>167</sup> Vgl. etwa BGHSt 4 309.

<sup>168</sup> BGHSt 13 213.

<sup>169</sup> LR-*Wendisch* § 35, 27 f.

ist. Dafür kommen hier in erster Linie der Haftbefehl, der Unterbringungsbefehl, das Urteil, die Anordnung von Erzwingungshaft (§ 96 OWiG) in Betracht, aber auch die Unterbringungsbeschlüsse aufgrund der Unterbringungsgesetze der Länder. Ist ein Verhafteter oder Verurteilter in einem Krankenhaus untergebracht, ohne daß der Haft- oder Unterbringungsbefehl aufgehoben oder die Vollstreckung des Urteils ausgesetzt worden ist, bleibt die Unterbringung ein Teil der Vollstreckung; der Unterbrachte ist nicht auf freiem Fuß.

- 93** Vom Mißbrauch spricht auch § 241 Abs. 1 (Kreuzverhör). Nähere Angaben fehlen dort. Daher bedarf das Merkmal der Konkretisierung. Insbesondere<sup>170</sup> wird dabei auf die Verfolgung **verfahrensfremder Zwecke** abgestellt<sup>171</sup>. Da Abs. 1 Nr. 2 die verfahrensfremden Zwecke (Begehung von Straftaten, Gefährdung der Sicherheit einer Vollzugsanstalt) selbst angibt, ist das Wort „Mißbrauch“ ohne Inhalt. Die Vorschrift böte keinen anderen Sinn, wenn das Wort „Mißbrauch“ durch „verwendet“ ersetzt würde.
- 94** **b) Begehen von Straftaten.** Straftat ist die **tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhaftige Handlung**. Die **bloß rechtswidrige** Tat (§ 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB) reicht **nicht** aus. Nach dem Sprachgebrauch des StGB fallen unter den Begriff der Straftat auch die Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB), die mittelbare Täterschaft (§ 25 Abs. 1 2. Alt. StGB), die Anstiftung (§ 26 StGB), die Beihilfe (§ 27 Abs. 1 StGB), der Versuch (§ 22 StGB), wenn er strafbar ist (§ 23 Abs. 1 StGB), und der Versuch der Beteiligung (§ 30 StGB).
- 95** Die Feststellung, daß der Verteidiger solche Straftaten begangen **hat**, genügt nicht, auch wenn dies als Indiz für die **Prognose künftiger Straftaten** von Bedeutung ist<sup>172</sup>. Vielmehr muß der dringende Verdacht eines in Aussicht genommenen fortgesetzten Mißbrauchs zu einer unbestimmten Zahl konkreter Straftaten festgestellt werden<sup>173</sup>. Dabei kann freilich **keine Konkretisierung auf ganz bestimmte Taten** verlangt werden. Es genügt, daß Straftaten einer gewissen Gruppe oder Richtung zu erwarten sind, mögen sie auch variieren und mag auch vorher nicht gesagt werden können, welche Variante der Straftatengruppe zuerst zu erwarten ist. Dagegen ist der Verdacht, der Verteidiger werde zu irgendeiner Zeit irgendwelche Straftaten begehen, keine genügende Konkretisierung.
- 96** Im Gegensatz zur ersten Fassung dieses Ausschlußgrundes (1. StVRErgG – im Höchstmaß mit mindestens Freiheitsstrafe von einem Jahr bedrohte Straftaten) reicht jetzt jede – auch eine **geringfügige** – Straftat aus. Dabei wird jedoch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten sein<sup>174</sup>.
- 97** Die Ausschließung des Verteidigers ist **keine Strafverfolgung**. Daher kommt es nach dem Wortlaut der Vorschrift **nicht** darauf an, ob die Tat, die zur Ausschließung führt, **verfolgbar** ist<sup>175</sup>. Nähme man den Wortlaut, der der Antragsdelikte nicht gedenkt<sup>176</sup>, ernst, so wäre das Ergebnis aber verwirrend: Ein Verteidiger könnte wegen einer Tat ausgeschlossen werden, die der Antragsberechtigte oder der zur Ermächtigung Berechtigte durch seine Erklärung der Strafverfolgung entziehen könnte.

<sup>170</sup> Ausführlicher dazu LR-*Dünnebieber*<sup>23</sup> 25, dort auch – Rdn. 26 – über die Funktion des Merkmals im StGB).

<sup>171</sup> § 241, 2.

<sup>172</sup> So aber *Kleinknecht/Meyer-Gofßner*<sup>45</sup> 7 und *KK-Laufhütte*<sup>4</sup> 11; der dort gegebene Hinweis auf Abs. 2 berechtigt, wo es *nicht* um zukünftige Taten geht, nicht zum Analogieschluß, sondern zum argumentum e contrario.

<sup>173</sup> Für sich genommen lassen *Kleinknecht/Meyer-Gofßner*<sup>45</sup> 7 und *KK-Laufhütte*<sup>4</sup> 11 das nicht ausreichen; die dort vertretenen Standpunkte sind also zugleich weiter und enger.

<sup>174</sup> *KK-Laufhütte*<sup>4</sup> 11.

<sup>175</sup> A. A. *Kleinknecht/Meyer-Gofßner*<sup>45</sup> 7; *KMR-Müller*<sup>7</sup> 10.

<sup>176</sup> *Groß* NJW 1975 423.

Solange nicht feststeht, ob ein Strafantrag gestellt wird, ist die Ausschließung verfrüht, weil sie in einem Zustand der Ungewißheit stattfindet<sup>177</sup>. Steht fest, daß kein Strafantrag gestellt wird, die Tat also nicht verfolgsbar ist, so ist die Ausschließung unangemessen<sup>178</sup>, weil der Staat, wenn er die Strafverfolgung in das Ermessen eines Privaten gestellt hat, bei dessen Verzicht **keine prozessualen Konsequenzen** ziehen kann. Dies ergibt sich auch zwangsläufig aus dem Aufhebungsgrund des Abs. 3 Nr. 3. Eine in der Kenntnis, daß kein Strafantrag gestellt werden wird, vorgenommene Ausschließung wäre sofort wieder aufzuheben<sup>179</sup>. Selbst wenn Strafantrag gestellt ist, wird die Verhältnismäßigkeit besonders zu prüfen sein. Denn die meisten Antragsdelikte sind Privatklagedelikte (§ 374; Ausnahmen: Vermögensdelikte, die sich auf geringwertige Sachen beziehen), deren Bagatelldeliktcharakter schon daraus hervorgeht, daß eine Verteidigung Ausnahme sein soll (§ 62).

c) **Gefährdung der Sicherheit einer Vollzugsanstalt.** Auch für diesen Ausschließungsgrund sind die in Abs. 1 angegebenen **Verdachtsgrade** verbindlich<sup>180</sup>. 98

Mit **Vollzugsanstalten** sind gemeint: Anstalten für den Vollzug der Untersuchungshaft (§§ 112, 112a) und der einstweiligen Unterbringung (§ 128a); für den Vollzug von Freiheitsstrafen im Sinne der §§ 38, 39 StGB, der Jugendstrafe (§ 17 Abs. 1 JGG) und des Strafarrestes (§§ 9, 12 WStG); für den Vollzug der Erzwingungshaft (§ 96 OWiG in Verb. mit § 171 StVollzG); für den Vollzug von Maßregeln der Besserung und Sicherung (§ 61 Nr. 1 bis 3 StGB in Verb. mit § 171 StVollzG); für den Vollzug des Jugendarrestes in den Formen des Freizeitarrestes, des Kurzarrestes und des Dauerarrestes (§ 16 JGG); für den Vollzug der Ordnungshaft (Art. 6 Abs. 2 EGStGB in Verb. mit § 171 StVollzG); für den Vollzug der sogenannten Zivilhaft (Beispiel § 901 ZPO). Krankenhäuser, die nicht Teil einer Vollzugsanstalt sind, fallen nicht unter die Vorschrift. Sie sind aber Vollzugsanstalten gleichzustellen, wenn in ihnen Verhaftete oder Verurteilte unter Sicherungsmaßnahmen untergebracht sind, ohne daß der Haft- oder Unterbringungsbefehl aufgehoben oder die Vollstreckung des Urteils ausgesetzt worden ist. 100

Die **Sicherheit** wird in § 119 Abs. 3 und 4 als Teil der Ordnung verstanden<sup>181</sup>. Zweifel an der Einbeziehung der Sicherheit in den Ordnungsbegriff (unter Hinweis darauf, daß „Polizei- und Strafvollzugsrecht die Sicherheit neben der Ordnung, aber wohl als aliud erwähnen“) äußert *Seebode*<sup>182</sup>. In § 138a hat diese Unklarheit keinen Eingang gefunden, die Vorschrift ist daher schon aus diesem Grunde entsprechend enger auszulegen als § 119 Abs. 3 und 4, so daß es auf die Durchsetzung der mit Recht für die Einschränkung des Ordnungsbegriffs in § 119 Abs. 3 und 4 erhobenen Forderung<sup>183</sup> nicht ankommt. Hinzu kommt, daß diese Vorschriften von der Ordnung *in* der Anstalt sprechen, während es sich hier um die Sicherheit der Anstalt handelt. Hieß es Sicherheit *in* der Anstalt, könnte darunter die Verletzung einer jeden Sicherheitsvorschrift verstanden werden, auch wenn mehrere Sicherheitsvorschriften verletzt sein müßten, ehe die Sicherheit *der* Anstalt gefährdet wäre. Auf der anderen Seite ginge eine Auslegung zu weit, die nur die Gefährdung der Sicherheit einer *ganzen* Vollzugsanstalt als Ausschließungsgrund genügen ließe. Auch wenn ganze Gebäude oder Gebäudeteile außerhalb jeder Gefährdung bleiben, ist die Sicherheit einer Vollzugsanstalt erheblich gefährdet, wenn wesentliche Teile der Anstalt erheblich gefährdet sind<sup>184</sup>, z. B. die Räume für Arbeit, gemein- 101

<sup>177</sup> KK-Laufhütte<sup>4</sup> 11; A.A KMR-Müller<sup>7</sup> 10; Klein-knecht/Meyer-Göfner<sup>44</sup> 8.

<sup>178</sup> So auch Klein-knecht/Meyer-Göfner<sup>45</sup> 7; KK-Laufhütte<sup>4</sup> 11.

<sup>179</sup> Vgl. auch KMR-Müller<sup>7</sup> 10.

<sup>180</sup> Vgl. Vogel NJW 1978 1222.

<sup>181</sup> § 119, 31.

<sup>182</sup> *Seebode* Der Vollzug der Untersuchungshaft (1985) 235.

<sup>183</sup> Darüber *Seebode* aaO 239 ff.

<sup>184</sup> So auch Klein-knecht/Meyer-Göfner<sup>45</sup> 8.

schaftlichen Aufenthalt und gemeinschaftliche Veranstaltungen, einzelne Zellentakte, die Bewachungszellen, aber auch die Räume der Anstaltsverwaltung.

- 102** Die Mißbrauchshandlung muß einen Angriff auf die Sicherheit erwarten lassen, der eine **erhebliche Gefährdung** darstellt, das heißt sich über den Durchschnitt der denkbaren Gefährdungen erhebt. Zu einer **Störung** selbst braucht es nicht zu kommen, es genügt die **konkrete Wahrscheinlichkeit**, daß es zu einer solchen kommen werde<sup>185</sup>. Beispiele sind: Einführung von Ausbruchs- oder Meutereinstrumenten<sup>186</sup> wie Waffen und Sprengstoffen, Lieferung von Gebäudeskizzen.

- 103** **4. Verfahren über Straftaten nach § 129a StGB (Abs. 2)** Zum rechtspolitischen Hintergrund der Einführung dieser Regelung vgl. zunächst § 148, 20 bis 26. Was § 138a Abs. 2 angeht, so steht diese Diskussion nach *Rieß* „im umgekehrten Verhältnis zur praktischen Bedeutung“, da lediglich in einem einzigen Verfahren die Ausschließung des Verteidigers an den durch bestimmte Tatsachen begründeten Verdacht i. S. d. § 138a Abs. 2 geknüpft worden sei, wobei die Begründung den Eindruck erwecke, „daß der Ausschluß an der Feststellung des dringenden Tatverdachts nicht gescheitert wäre“<sup>187</sup>.

**a) Verhältnis zu Abs. 1**

- 104** **aa) Abweichungen.** Der schwächere Verdachtsgrad entspricht dem „einfachen“ Tatverdacht<sup>188</sup>. Dessen minima sind aber nicht so variabel, wie das nach den Darlegungen *Dünnebiere*<sup>189</sup> erscheint. Vielmehr ist **durchweg** die Schwelle so hoch anzusetzen, wie es das Kammergericht<sup>190</sup> verlangt: Es muß ein **Verdacht** bestehen, der es rechtfertigt, ein Ermittlungsverfahren wegen einer der in Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 bezeichneten Taten oder Handlungen einzuleiten<sup>191</sup>. Die Anforderungen, die **allgemein** an diesen Verdacht zu stellen sind, werden teilweise unterschätzt<sup>192</sup>.

- 105** Der **Mißbrauch** des Verkehrsrechts gemäß Abs. 1 Nr. 2 muß bereits **geschehen** sein oder andauern. Das ergibt sich eindeutig daraus, daß Abs. 2 Handlungen bezeichnet, die der Verteidiger „begangen hat oder begeht“.

- 106** **bb) Parallelen.** Der Ausschließungsgrund der Beteiligung an der Tat, die den Gegenstand der Untersuchung bildet, ist mit „Handlungen“, die der Verteidiger „begangen hat oder begeht“, was den Zeitpunkt der Beteiligung angeht, so gefaßt, daß eine Entsprechung zu der in Abs. 1 Nr. 1 gewählten Formulierung „beteiligt ist“ anzunehmen ist. Diese Formulierung umfaßt jedenfalls die bereits geleisteten Tatbeiträge. Sie läßt aber auch den Übergang zur Gegenwart insofern offen, als eine Fortsetzung der Beteiligung während des Verfahrens sprachlich mitgedeckt ist, weil „ist“ (auch) für Präsens steht. Bei § 129a StGB liegt eine solche Kontinuität freilich näher; das ist der Grund für die differenziertere, in der Sache aber nichts Neues bringende zeitliche Fixierung der Beteiligung in Abs. 2.

- 107** **cc) Subsidiäre Geltung des Abs. 1.** Liegt die nach Abs. 1 erforderliche Verdachtsstufe vor, so ist ein Ausschließungsgrund auch (bei Verfahren, die sich mit dem Vorwurf einer

<sup>185</sup> Vgl. *Parigger* FS Koch 206; *Kleinknecht/Meyer-Gößner*<sup>45</sup> 8.

<sup>186</sup> Vgl. KK-*Laufhütte*<sup>4</sup> 12.

<sup>187</sup> *Rieß* NSTZ 1981 328.

<sup>188</sup> Eine Steigerung gegenüber dem einfachen Tatverdacht nimmt *L. Schulz*: (aaO [Fußn. 64] 588 ff) an und begründet das ausführlich.

<sup>189</sup> LR-*Dünnebieer*<sup>23</sup> EB § 138a, 4; s. auch BGH StV 1982 342; OLG Hamm StV 1984 105.

<sup>190</sup> KG NJW 1978 1539 (worauf sich *Dünnebieer* aaO bezieht).

<sup>191</sup> Zur Notwendigkeit eines einheitlichen Begriffs des „Anfangsverdachts“ vgl. *Lüderssen* (V-Leute) 9 ff; vgl. auch LR-*Beulke* § 152, 21; zum Ganzen jetzt auch informativ SK-StPO-*Rogall* Vor § 133, 17 ff.

<sup>192</sup> Darüber *Lüderssen* (V-Leute) 10/11; s. im übrigen oben Rdn. 15 ff.

Straftat gemäß § 129a StGB befasen) **der nur bevorstehende Mißbrauch** des Verkehrsrechts, ferner die Gruppe der in Abs. 1 Nr. 3 zusammengestellten Handlungen (Begünstigung, Strafvereitelung, Hehlerei).

Ob man deshalb, auch wenn an sich die Anwendung des Abs. 2 indiziert ist, wie das Kammergericht<sup>193</sup> meint, grundsätzlich erst prüft, ob die Voraussetzungen des Abs. 1 vorliegen, bleibt letztlich Ermessenssache, abhängig von praktischen Erwägungen. 108

### b) Besonderheiten

**aa) Beteiligung des Verteidigers.** Die Aktivitäten der Verteidiger, die dazu geführt haben, ihnen gegenüber den Vorwurf der Beteiligung an nach § 129a StGB strafbare Taten zu erheben, stehen in so engem Zusammenhang mit der Wahrnehmung ihrer Pflichten gegenüber den Mandanten, daß sich der Gedanke aufdrängen mag, hier seien Freistellungen von strafrechtlicher Haftung ebenso indiziert wie bei § 258 StGB<sup>194</sup>. Demgegenüber muß zunächst die Selbstverständlichkeit festgehalten werden, daß § 129a StGB ein Tatbestand wie jeder andere ist, also grundsätzlich **gleichermaßen** gegenüber **Beschuldigtem und Verteidiger** Geltung beansprucht. Das heißt die Bemühungen des Beschuldigten, die eigene Bestrafung zu verhindern, finden an der damit verbundenen Verwirklichung dieses Tatbestandes ebenso ihre Grenze wie etwa bei der Anstiftung zur Falschaussage mit der Folge, daß auch der Verteidiger sich, gleichviel ob als Täter oder Teilnehmer, entsprechender Aktivitäten enthalten muß. 109

Zunächst interessieren die Voraussetzungen, unter denen jemand **Täter** gemäß § 129a StGB sein kann. Diese **Voraussetzungen** sind **eng auszulegen**. Nicht genügt beispielsweise, wenn jemand nur die politischen oder sonstigen Endziele einer terroristischen Vereinigung bejaht, „nicht aber auch die Begehung von Straftaten zur Erreichung dieser Ziele befürwortet und propagiert“<sup>195</sup>. Es fehlt in diesen Fällen an einer Unterstützung der Vereinigung „in ihrem verbrecherischen Potential“<sup>196</sup>. Die in § 129a StGB vorausgesetzte spezifische Gefährlichkeit ist erst gegeben, wenn die von der Vereinigung zur Erreichung ihrer Ziele „geplanten Straftaten ausdrücklich oder zumindest konkludent propagiert“ werden<sup>197</sup>. Auch reicht die Unterstützung lediglich einzelner Mitglieder nicht aus. Die Hilfe muß sich zugleich auch als „mitursächlich für die Existenz der Vereinigung als kriminelle Gefahrenquelle“ erweisen<sup>198</sup>. Ferner sind „auszuklammern aus dem Begriff des Unterstützens einer (...) terroristischen Vereinigung (...) **grundsätzlich sozial übliche Verhaltensweisen** (...), etwa der Verkauf von Nahrungsmitteln und Kleidung, die Vermietung von Wohnungen sowie die Lieferung von allgemein zugänglichen Informationen“<sup>199</sup>. 110

Danach fällt ein großer Teil der **Kommunikation**, die zwischen dem wegen einer Straftat nach § 129a StGB verdächtigten Beschuldigten und seinem Verteidiger stattfindet, schon ohne weiteres nicht unter den Tatbestand des § 129a StGB. 111

Was darüber hinaus seitens der Verteidigung geschieht und sich isoliert als Unterstützung einer terroristischen Vereinigung darstellt, muß daraufhin geprüft werden, ob es sich dabei um eine **notwendige Nebenwirkung** einer Verteidigung handelt, die sich innerhalb der dem Verteidiger durch die Strafprozeßordnung gezogenen Grenzen hält. Ist das der Fall, so kommt, weil Unterstützen im Sinne von § 129a StGB als zur Täter- 112

<sup>193</sup> KG NJW 1978 1538.

<sup>194</sup> S. oben Vor § 137, 115.

<sup>195</sup> Rudolphi FS Bruns 331.

<sup>196</sup> Rudolphi aaO.

<sup>197</sup> Rudolphi aaO.

<sup>198</sup> Rudolphi aaO.

<sup>199</sup> Rudolphi aaO 332.

schaft verselbständigte Beihilfe konstruiert ist, zwar ein Tatbestandsausschluß – anders als bei § 258 StGB – nicht mehr in Betracht, wohl aber kann ein **Rechtfertigungsgrund** gegeben sein.

- 113** Die **Grenzen**, welche die Strafprozeßordnung der Verteidigung zieht, sind in den §§ 137 Abs. 1 S. 2, 146, 146a, 147, 148, 148a enthalten (auch §§ 138a ff gehören hierher, sind aber, soweit es für *ihre* Anwendbarkeit gerade auf die Prüfung der anderwärts gezogenen Grenzen der Verteidigung ankommt, aus der Betrachtung auszuschneiden).
- 114** **Tatbestandsmäßige** Unterstützungshandlungen, die als notwendige Nebenwirkungen eines Verhaltens auftreten, das mit den genannten Normen in Einklang sieht, sind daher gerechtfertigt, wenn die Voraussetzungen der generellen Ermächtigungsnorm für den Verteidiger – § 137 Abs. 1 S. 1 – erfüllt sind. Verteidigung im Sinne dieser Vorschrift ist jeder Beistand, der dem Beschuldigten, unabhängig von der materiellen Rechtslage, hilft, die Bestrafung oder Verhängung einer Maßnahme von sich abzuwenden.
- 115** Wenn also ein Verteidiger „durch die Einrichtung und den Betrieb einer Informationszentrale die Inhaftierten mit Informationen versorgt und eine Kommunikation zwischen den Gefangenen ermöglicht“<sup>200</sup>, ist sein Verhalten gerechtfertigt, sofern die gegebenen Informationen und die ermöglichte Kommunikation für die **Verteidigung erhebliche Umstände** betreffen.
- 116** Es muß noch einmal gesagt werden, daß es auf diesen **Ausnahmefall** nicht ankommt, wenn jene Informationen und Kommunikationen **nur** für die Verteidigung erhebliche oder „zumindest neutrale, d. h. für den Fortbestand der [...] terroristischen Vereinigung in ihrer verbrecherischen Potenz bedeutungslose Umstände“ betreffen. Diese Fälle sind ja frei von jenen Nebenwirkungen; für ihre Ausklammerung aus § 129a StGB bedarf es also – entgegen dem Eindruck, den *Rudolphi*<sup>201</sup> erweckt – nicht der Überlegung, daß die im Wege der notwendigen Nebenwirkung zulässigen Verteidigerverhaltens eingetretene Unterstützung einer terroristischen Vereinigung im Ergebnis nicht von § 129a StGB erfaßt wird. Sie erfüllt vielmehr schon nicht den Tatbestand des § 129a StGB. Das Gleiche gilt natürlich auch dann, wenn ein Verteidigerverhalten zwar nach den Normen des Strafprozeßrechts unzulässig ist, indessen gleichwohl nicht „mitursächlich für den Fortbestand“ des „verbrecherischen Potentials“ der terroristischen Vereinigung „in seiner konkreten Gestalt geworden ist“<sup>202</sup> (diese Feststellung entspricht dem, was oben, Rdn. 56, 86 zur Anwendbarkeit des § 258 StGB gesagt worden ist: Nicht jede Verletzung anderer Vorschriften bedeutet automatisch tatbestandsmäßiges Verhalten im Sinne des § 258 StGB).
- 117** Bei den für die **Rechtfertigung** verbleibenden Fällen ist dann wiederum zu prüfen, ob die Bedingung erfüllt ist, an welche die rechtfertigende Kraft des § 137 Abs. 1 S. 1 geknüpft ist: das Vorliegen eines wirksamen Vertrages zwischen Beschuldigtem und Verteidiger. Zu den gesetzlichen Verboten, die gemäß § 134 BGB einen solchen Vertrag unwirksam machen können, gehören weder diejenigen Normen, die sich ganz ersichtlich nicht an die Adresse des Beschuldigten und damit auch nicht an die Adresse seines Verteidigers richten, wenn er aufgrund einer Vereinbarung mit dem Beschuldigten tätig wird, noch andere Normen, soweit durch **Auslegung** feststellbar ist, daß sie den Beschuldigten und – unter den genannten Voraussetzungen – den Verteidiger nicht binden; das betrifft § 129a StGB mit Blick auf jene notwendigen Nebenwirkungen.
- 118** Die Grenze, die §§ 134, 138 BGB der Wirksamkeit des Vertrages zwischen Beschuldigtem und Verteidiger und damit der Rechtfertigung des Verteidigers nach § 137 Abs. 1

<sup>200</sup> *Rudolphi* aaO 337.

<sup>202</sup> *Rudolphi* aaO 336.

<sup>201</sup> *Rudolphi* aaO.

S. 1 zieht, kann also **mittelbar** – wie bei § 258 StGB<sup>203</sup> – doch noch zur Anwendung des § 129a StGB auf den Verteidiger führen, wenn zwischen Beschuldigtem und Verteidiger etwas vereinbart wird, was Vorschriften zuwiderläuft, die unmittelbar mit § 129a StGB nichts zu tun haben. Nur wenn diese Verstöße nicht einmal ein tatbestandsmäßiges Handeln gemäß § 129a StGB bedeuten, sind sie<sup>204</sup> für den Ausschluß des Verteidigers stets irrelevant.

Die höchstrichterliche Rechtsprechung kommt im wesentlichen zu den gleichen Ergebnissen. Die Begründungen sind zwar weniger verbindlich in bezug auf die kategorialen Festlegungen (so ist<sup>205</sup> ohne weitere Rubrizierung von der Notwendigkeit einer Abwägung zwischen dem Verbot der Unterstützung einer Vereinigung einerseits und dem Gebot, dem Mandanten Beistand zu gewähren, andererseits die Rede). Immerhin wird aber, weil es **für die Beurteilung des Irrtums** darauf ankommen könnte, die Möglichkeit erwogen, ein in die Nähe des § 129a StGB kommendes Verteidigerverhalten entweder als nicht tatbestandsmäßig aufzufassen oder aber die erlaubte Verteidigung als Rechtfertigungsgrund für tatbestandsmäßiges Handeln anzusehen<sup>206</sup>.

Der Sache nach ist der Gesichtspunkt, daß unvermeidbare Folgen einer Verteidigung außerhalb des Anwendungsbereichs des § 129a StGB liegen müssen, vor allem in BGHSt 31 21 zum Ausdruck gekommen. Dort findet sich auch die Bemerkung, daß man bei der **Feststellung jener Nebenwirkungen** das zu prüfende Verhalten nicht zu stark isolieren dürfe; notwendig sei vielmehr eine Gesamtbetrachtung: „Ohne ein solches Erfordernis ist eine wirklich freie, durch die Gefahr der Vermengung straffreier und nach § 129 StGB strafbarer Einzeläußerungen nicht belastete Verteidigung nicht gewährleistet.“

Bei der Frage, was zur **zulässigen Verteidigung** gehört, also dazu beitragen kann, daß der Beschuldigte Bestrafung oder Verhängung von Maßnahmen von sich abwenden kann, auch wenn das der materiellen Rechtslage nicht entspricht, spielt nach der Rechtsprechung eine große Rolle, „daß der Beschuldigte weiß, worauf sich der gegen ihn erhobene Vorwurf stützt, und daß er den Verteidiger informieren kann, wie er sich dazu einlassen wird“<sup>207</sup>. Allein daraus ergibt sich die Notwendigkeit von Mitteilungen, die – für sich betrachtet – als Unterstützung einer terroristischen Vereinigung i. S. d. § 129a StGB erscheinen. Inwieweit **politische** Ausführungen der Beschuldigten und eine entsprechende Mitwirkung des Verteidigers, die sich, wenn sie in konkrete Aufforderungen etwa „zur Fortsetzung des bewaffneten Kampfes“ münden und unter der Voraussetzung, daß im Zusammenhang damit konkrete Straftaten sichtbar werden, den Tatbestand des § 129a erfüllende **Prozeßerklärungen** sind, die „insgesamt aus der Sicht der Erklärenden der Rechtfertigung begangener Taten“ dienen und insofern dazu geeignet sind, das Ziel der Verteidigung (s. oben) zu erreichen, solange der Verteidiger für seine Mitwirkung daran vom Vorwurf nach § 129a StGB freigestellt werden könnte, ist in Einzelfällen umstritten, wird aber vom Bundesgerichtshof<sup>208</sup> durchaus in den Bereich des Möglichen gerückt. Eindeutige Grenzen in bezug auf den „Aufbau eines sog. Info-Systems“ hat das OLG Hamburg<sup>209</sup> gesteckt – allerdings unter ausdrücklichem Hinweis darauf, daß der Verteidiger „als unabhängiges Organ der Rechtspflege [...] mithelfen“ solle, „das Recht zu verwirklichen“ und damit „an die Seite der Gerichte und der Staatsanwaltschaft“ trete<sup>210</sup>.

<sup>203</sup> S. oben Rdn. 65 ff.

<sup>204</sup> S. oben Rdn. 110 ff.

<sup>205</sup> BGHSt 32 247.

<sup>206</sup> BGHSt 32 248.

<sup>207</sup> Hierzu auch grundlegend *Rudolphi FS Bruns* 333.

<sup>208</sup> So BGHSt 31 21.

<sup>209</sup> JZ 1979 275.

<sup>210</sup> AaO 276; zur Kritik an dieser Entscheidung vgl. *Seifen KJ 1979* 80 ff und *Ostendorf JZ 1979* 252 ff. 255: „Derartige Positionspapiere haben bei politisch motivierten Delikten Verteidigungscharakter, der nicht dadurch wegfällt, daß sie gleichzeitig den Kampfwillen und die Solidarität der Gruppenmitglieder bestärken“; vgl. ferner zum Ganzen *Bakkerl*

- 122** **bb) Probleme des Verfahrens.** Nicht erforderlich ist, daß sich das Verfahren wegen § 129a StGB gegen den Mandanten des auszuschließenden Verteidigers richtet, Es reicht aus, daß in dem Verfahren gegen andere Beschuldigte eine Tat nach § 129a StGB verhandelt wird, wobei diese Verfahren jedoch nicht mißbräuchlich zusammengefaßt werden dürfen<sup>211</sup>. Ebenfalls reicht die Parallelermittlung wegen § 129a StGB gegen einen Beschuldigten aus, wenn dieser sich wegen einer anderen Tat in Haft befindet und die Ermittlungen wegen § 129a StGB allein den Haftgrund nicht ergeben würden<sup>212</sup>.
- 123** Nach **Einstellung der Ermittlungen** wegen § 129a StGB kommt ein Ausschluß des Verteidigers nach Abs. 2 nicht mehr in Betracht. Das Gleiche gilt, wenn wegen einer Tat ermittelt wird, die in Tateinheit zu einer bereits abgeurteilten Tat nach § 129a StGB steht, von der Rechtskraft dieses Urteils jedoch nicht umfaßt wird<sup>213</sup>.

## II. Wirkungen (Abs. 4 und 5)

- 124** Dem nach § 138a Abs. 1 oder Abs. 2 mißbilligten Verhalten kann wirksam nur entgegengetreten werden, wenn die Wirkung der Ausschließung soweit erstreckt wird, daß sie nicht umgangen werden kann. Das Gesetz sieht daher ein konsequentes **System von Verteidigungs- und anderen Kommunikationsverboten** vor.
- 125** **1. Verteidigungsverbote (Abs. 4 S. 1; Abs. 5 S. 1).** Sie beziehen sich auf verschiedene Verfahren und Beschuldigte.
- 126** **a) Im anhängigen Verfahren.** Die Mitwirkung zugunsten des Beschuldigten ist dem Verteidiger durch die Ausschließung eo ipso verboten (§ 138a Abs. 1, 2). Mitwirkung ist ein Synonym für Verteidigung<sup>214</sup>.
- 127** Das Verbot, in anhängigen („demselben“) Verfahren andere Beschuldigte zu verteidigen, ist in Abs. 5 S. 1 1. Hs. ausgesprochen. Bis zum StPÄG 1978 war es in bezug auf die Fälle des **jetzigen** Abs. 1 Nr. 2 eingeschränkt: insoweit galt es also nur in Hinsicht auf Beschuldigte, die sich nicht auf freiem Fuß befanden<sup>215</sup>.
- 128** Die Wendung „kann [...] nicht“ ist – seit der Änderung durch das StVÄG 1978 – kongruent mit der in § 146 gebrauchten (und bedeutet: die Verteidigung ist unzulässig<sup>216</sup>). Aus dem Verhältnis zum Verbot, mehrere Beschuldigte in einem Verfahren zu verteidigen, § 146 S. 2 ergibt sich, daß § 138a Abs. 5 S. 1 1. Hs. nur die **Übernahme** der Verteidigung eines **weiteren Beschuldigten** meint.
- 129** Der Verweis in Abs. 5 S. 2 auf Abs. 4, der für den gesamten Abs. 5 S. 1 gilt, bringt eine weitere Erstreckung des Verteidigungsverbots. Die entsprechende Anwendung des Abs. 4 – jetzt mit Blick auf Satz 1 – bedeutet, daß die anderen Beschuldigten, deren Aburteilung in dem Verfahren vorgesehen ist, aus dem der Verteidiger ausgeschlossen ist, von ihm auch in jenen **anderen gesetzlich geordneten Verfahren** nicht verteidigt werden dürfen.
- 130** **b) In anderen Verfahren.** Für den **Beschuldigten** gilt Abs. 4 S. 1. Die Vorschrift ist mehrfach geändert worden. Das Verteidigungsverbot in anderen gesetzlichen Verfahren

*Schut* 523 ff, unter anderem mit Hinweis auf Sachverständigengutachten von *Welp* und *Hassemer* (527 ff).

<sup>211</sup> Vgl. *KMR-Müller*<sup>7</sup> 15.

<sup>212</sup> Vgl. *KK-Laufhütte*<sup>4</sup> 15.

<sup>213</sup> Vgl. *KK-Laufhütte*<sup>4</sup> 16.

<sup>214</sup> Über ältere Kontroversen zu dieser Frage vgl. *LR-Lüderssen*<sup>24</sup> § 138a, 152.

<sup>215</sup> Zur Begr. vgl. im einzelnen *BTD* Drucks. 8 976, S. 38.

<sup>216</sup> S. im einzelnen § 146, 1 ff.



enthielt zunächst die Beschränkung, daß sich der Beschuldigte nicht auf freiem Fuß befinden dürfe. Nach mehreren Anläufen<sup>217</sup> ist jetzt klar, daß das Verteidigungsverbot auch für nicht inhaftierte Beschuldigte gilt. Selbstverständlich gibt es insoweit aber keine Beschränkung für den – sonstigen – Verkehr mit dem Beschuldigten. Sie wäre nicht durchsetzbar.

Mit **gesetzlich geordneten Verfahren** sind zunächst andere Strafverfahren gemeint. **131**  
Sodann andere Verfahren, die nach einer Prozeß- oder Verfahrensordnung stattfinden. Diese muß in einem Gesetz enthalten sein. Gesetzlich nicht geordnete Partei- oder Verbandsgerichtsverfahren, Verfahren einer „Betriebsgerichtsbarkeit“, die Verteidigung in „Unterwerfungsverfahren“ nach einem Ladendiebstahl werden nicht betroffen. Die zunächst sehr weitgehend scheinende Ausdehnung der „gesetzlich geordneten Verfahren“ wird dadurch stark eingeschränkt, daß nur Verfahren in Betracht kommen, in denen die **Möglichkeit** der Wahl eines Verteidigers besteht.

Für die Verteidigung **anderer Beschuldigter** gilt Abs. 5 S. 1 2. Hs. Auch diese Vorschrift hat ihre letzte Fassung erhalten durch das StVÄG 1978. Bis dahin war der Ausschluß ebenso wie nach Abs. 5 S. 1 1. Hs. (s. oben) auf die Fälle des jetzigen Abs. 1 Nr. 2 eingeschränkt. Außerdem mußte das andere Verfahren im Zeitpunkt der Ausschließung bereits **eingeleitet** sein. Beide Änderungen werden damit begründet, daß „in dem besonders gefährlichen Bereich der terroristischen Gewaltkriminalität [...] der Kontakt zwischen dem Verteidiger, der mit seinem Mandanten gemeinsame Sache macht, und dem Beschuldigten rigoros unterbunden werden“ soll<sup>218</sup>. Die Begründung ist insoweit unrichtig, als es für die Ausschließung, an die das Verteidigungsverbot anknüpft, nicht darauf ankommt, ob der Verteidiger und der Beschuldigte „gemeinsame Sache“ machen, sondern allein auf den Verdacht, daß der Verteidiger bestimmte Handlungen begehen **könnte**. **132**

**Andere Kontakte** sind, solange die Beschuldigten nicht inhaftiert sind, ebensowenig **133**  
verboten wie im Falle des Abs. 4 S. 1. Das ist jetzt nicht etwa in Frage gestellt, weil die Inhaftierung „gesetzlich als Voraussetzung entfallen“ ist; diese Streichung bezieht sich ja nur auf die Verteidigung.

Auch die Regelung des Abs. 5 S. 1 2. Hs. muß im Zusammenhang mit § 146 gesehen **134**  
werden. Nach der Neufassung ist die Abgrenzung leicht: Während dort (Satz 1) nur bei mehreren **derselben** Tat Beschuldigten (dann aber ohne Beschränkung auf bestimmte Tatbestände) Mehrfachverteidigung unzulässig ist, verbietet § 138 Abs. 5 S. 1 2. Hs. das auch (allerdings unter der wieder einschränkenden Voraussetzung, daß es um Vorwürfe nach § 129a StGB geht) bei wegen verschiedener Taten verdächtigen Beschuldigten, ohne Rücksicht darauf, ob die Vereinigung etwas damit zu tun hat<sup>219</sup>.

Die **anderen** Verfahren, von denen Abs. 5 S. 1 2. Hs. spricht, sind – das geht klar aus **135**  
ihrer Beschränkung auf Verhandlungen über die Strafbarkeit nach § 129a StGB hervor – **Strafverfahren**.

**Weitere** Verfahren, in denen der Verteidiger, dessen Situation durch Abs. 5 S. 1 2. Hs. **136**  
gekennzeichnet ist, nicht verteidigen darf, sind die „anderen gesetzlich geordneten Verfahren“, die Abs. 4 S. 1 nennt, dessen entsprechende Anwendung Abs. 5 S. 2, der für den gesamten Abs. 5 S. 1 gilt, vorschreibt.

**2. Besuchsverbote (Abs. 4 S. 2; Abs. 5 S. 2).** Daß sie sich nur auf **inhaftierte** Beschuldigte beziehen können, bedarf lediglich insofern einer Kommentierung, als der Grund **137**

<sup>217</sup> Vgl. dazu LR-*Dünnebiel*<sup>23</sup> EB § 138a, 11.

<sup>219</sup> Krit. dazu KK-*Laufhütte*<sup>4</sup> 26.

<sup>218</sup> BTDrucks. 8 976, S. 38.

für die Inhaftierung gleichgültig ist. Freilich ist das gerade unbefriedigend, weil auch Situationen zur Verhinderung der Kommunikation benutzt werden können, die mit dem Verfahren nichts zu tun haben. Damit wird die Motivation des Gesetzgebers nur zu deutlich: Jede Kommunikation des ausgeschlossenen Verteidigers ist unerwünscht; wo sich die Möglichkeit zeigt, dieses Ziel zu erreichen (hier durch das Kontrollsystem der Haftanstalt), wird sie wahrgenommen.

- 138** Eine weitere eindeutige Beschränkung des Kommunikationsverbots liegt in dem Wort „**aufsuchen**“. Andere Formen der Mitwirkung (schriftlich, telefonisch) sind nicht erfaßt. Aber auch hier darf vermutet werden, daß der Gesetzgeber lediglich seine Grenzen akzeptiert.
- 139** „**Sonstige Angelegenheiten**“ ist ein weiter Begriff. Gemessen an der Relevanz der Kontrollmöglichkeiten ist eine Einschränkung nicht zwingend. Man sollte seinen Anwendungsbereich aber auf das beschränken, was den Verteidiger beruflich mit dem Beschuldigten verbindet, etwa Zivil- oder Verwaltungsprozesse, die er als Anwalt des Beschuldigten führt. Ein privater Besuch, etwa in einem Trauerfall, gehört nicht dazu (daraus, daß das Wort „sonstige Angelegenheiten“ an das Verbot anschließt, ist das allerdings nicht abzuleiten).
- 140** Diese Regeln ergeben sich für den Beschuldigten, dessen Verteidigung dem Verteidiger schon durch die Ausschließung vom Verfahren verboten ist, aus Abs. 4 S. 2, für **andere** Beschuldigte aus dem Verweis in Abs. 5 S. 2.
- 141** Das heißt, der Verteidiger darf die Beschuldigten, wenn über die gegen sie erhobenen Vorwürfe im gleichen Verfahren ermittelt wird, in der Haft **überhaupt nicht** in sonstigen Angelegenheiten aufsuchen (Verknüpfung von Abs. 4 S. 2 mit Abs. 5 S. 1 i. Hs.).
- 142** Andere Beschuldigte in **anderen Verfahren** darf der ausgeschlossene Verteidiger in sonstigen Angelegenheiten in der Haft nur dann nicht aufsuchen, wenn diese anderen Verfahren eine Straftat nach § 129a StGB zum Gegenstand haben und die Ausschließung ebenfalls in einem solchen Verfahren erfolgt ist (Verknüpfung von Abs. 4 S. 2 mit Abs. 5 S. 1 2. Hs.).
- 143** Die **Verweisnorm des § 138a Abs. 5 S. 2** macht die Lektüre des Gesetzes so schwer, daß man sich fragen muß, ob sie nicht die politische Funktion hat, die mit dem Ausschluß des Verteidigers insbesondere nach Abs. 5 S. 1 ausgelöste **Kettenreaktion** von Verteidigungs- und Kommunikationsverboten optisch abzumildern. Sofort erschließen würde den wahren Gehalt der Abs. 4 und 5 die folgende direkte Formulierung:
- 144** „Solange ein Verteidiger ausgeschlossen ist, kann er den Beschuldigten und andere in demselben Verfahren ebenfalls Beschuldigte in diesem und anderen gesetzlich geordneten Verfahren nicht verteidigen und die Beschuldigten, wenn sie sich **nicht auf freiem Fuß** befinden, in sonstigen Angelegenheiten nicht aufsuchen.“
- 145** Ist ein Verteidiger in einem Verfahren ausgeschlossen worden, das eine Straftat nach § 129a StGB zum Gegenstand hat, kann er, solange er ausgeschlossen ist, auch in anderen Verfahren, die eine **solche Straftat** zum Gegenstand haben, keine Verteidigung übernehmen und die in diesen Verfahren Beschuldigten, sofern sie sich nicht auf freiem Fuß befinden, in sonstigen Angelegenheiten nicht aufsuchen.“
- 146** **3. Verfahrensfragen.** Erste Voraussetzung für die Wirksamkeit der Verteidigungs- und Besuchsverbote ist jedenfalls die **Rechtskraft** der Ausschlußentscheidung. Sie tritt ein, wenn kein Rechtsmittel zulässig (sofern der Bundesgerichtshof über den Ausschluß entschieden hat) oder eingelegt ist (sofortige Beschwerde, § 138d Abs. 6) oder eine negative Entscheidung darüber vorliegt. Wenn allerdings das Gericht nicht von seinem Recht Gebrauch macht, die Vollziehung der angefochtenen Entscheidung auszusetzen (§ 307

Abs. 2, der auch für die sofortige Beschwerde gilt, § 311, 1), so ist das maßgebende Datum bereits der Erlaß der Entscheidung (§ 307 Abs. 1)<sup>220</sup>.

Aber auch das ist praktisch nicht zwingend, denn das Gericht kann schon vor seiner Entscheidung das **Ruhen** der Verteidigerrechte auch für die in § 138a Abs. 4 und 5 bezeichneten Fälle anordnen (§ 138c Abs. 3 2. Hs.). 147

Verteidigungs- und Besuchsverbote sind die kraft **Gesetzes** eintretenden Folgen der (oben Rdn. 15 ff unter dem Aspekt, von wann ab sie praktisch gilt, gewürdigten) Ausschließung. Eine Ausschließung des Verteidigers in den Verfahren, die von dem Verteidigerungsverbot betroffen sind, ist – wenn nicht ein selbständiger Ausschlußgrund hervortritt – weder möglich noch erforderlich. Spätestens seit der Einführung des § 146a kommt es aber für den **Beginn der Unwirksamkeit** von Verteidigerhandlungen, die nach § 138a Abs. 4 und 5 verboten sind, außerdem auf die **Zurückweisung** an<sup>221</sup>. Erst jetzt also brauchen die Beschuldigten gegebenenfalls einen neuen Verteidiger; das kann natürlich wieder ein Wahlverteidiger sein<sup>222</sup>. 148

### III. Aufhebung der Ausschließung (Abs. 3)

**1. Wegfall der Voraussetzungen (Satz 1 Nr. 1).** Die Voraussetzungen liegen nicht mehr vor, wenn eines der Tatbestandsmerkmale des Ausschließungstatbestandes weggefallen ist, zum Beispiel wenn der Verdacht erloschen ist oder wenn er nicht mehr den entsprechenden Grad erreicht. 149

Mit der Einschränkung im 2. Hs. soll verhindert werden, daß der **Wechsel zwischen Inhaftierung und Freilassung** zu immer neuen Entscheidungen zwingt<sup>223</sup>. Diese Begründung ist nicht überzeugend. Einmal ist der Wechsel zwischen Inhaftierung, Freilassung und neuer Inhaftierung – wie es richtig heißen muß – nicht sehr häufig, eher selten. Zum anderen können (überdies geringe) Unbequemlichkeiten nicht zu Inkonsequenzen zwingen, die im Falle der Gefährdung einer Vollzugsanstalt umso peinlicher wirken, als mit der Freilassung des Beschuldigten, dessen Haft die Beziehung zu der Anstalt hergestellt hat, die Anstaltsgefährdung ganz ins Abstrakte verschoben wird. In Wirklichkeit bedeutet der jedoch-Satz einen neuen Ausschließungsgrund im Sinne des Abs. 1 für den Mißbrauch des Verkehrs mit einem **freien Beschuldigten**, der früher einmal verhaftet war, als er denselben Verteidiger hatte wie nach seiner Entlassung. Nachdem der Gesetzgeber die Ausschließung in den Fällen des Abs. 1 Nr. 2 ausdrücklich an die Verwahrung gebunden hatte, ist der im Gegensatz zu dieser Beschränkung stehende Ausschließungsgrund nicht zu billigen. Für die Gefährdung der Sicherheit einer Vollzugsanstalt ist die jedoch-Klausel nahezu bedeutungslos: Ist der Anknüpfungspunkt der Verwahrung entfallen, gibt es auch den dringenden Verdacht nicht mehr, der Verteidiger werde die Sicherheit einer Vollzugsanstalt gefährden. Zwar braucht wegen der Fassung „**einer Vollzugsanstalt**“ die Gefährdung nicht gerade auf diejenige gerichtet zu sein, aus der der Beschuldigte entlassen worden ist. Der Verdacht, daß ein Verteidiger den Verkehr mit einem freien Beschuldigten dazu mißbrauchen könnte, die Sicherheit irgendeiner Vollzugsanstalt zu gefährden, kann aber praktisch nicht begründet werden. Mit der Entlassung des Beschuldigten tritt daher – von ganz seltenen, kaum vorstellbaren Aus-

<sup>220</sup> Kleinknecht/Meyer-Goßner<sup>45</sup> 23.

<sup>221</sup> Vgl. dazu § 146a, 12 bis 14, zur Zuständigkeit für die Zurückweisung vgl. Rdn. 141; ebenso KK-Laufhütte<sup>4</sup> 28; § 137, 9 ff, § 146, 14 ff; a.A. Klein-

knecht/Meyer-Goßner<sup>45</sup> 28 – Prozeßhandlungen ohne weiteres unwirksam.

<sup>222</sup> Irreführend insofern LR-Dünnebieber<sup>23</sup> § 140, 30.

<sup>223</sup> BTDrucks. 8 976, S. 38.

nahmefällen abgesehen – der Aufhebungsgrund der Nr. 1 ein. Auch im Bezug auf den ohnehin bedenklichen Ausschließungsgrund des Mißbrauchs des Verkehrs zur Begehung von Straftaten verschlechtert sich mit der Entlassung des Beschuldigten die Beweislage so sehr, daß in aller Regel nach der Entlassung des Beschuldigten aus der Vollzugsanstalt der Aufhebungsgrund des Abs. 3 Nr. 1 eintreten wird.

- 151** Anzuwenden ist Nr. 1 etwa dann, wenn in dem gegen den Beschuldigten gerichteten Verfahren, in dem der Verteidiger ausgeschlossen worden ist, sämtliche Beschuldigten **freigesprochen** werden oder abgelehnt wird, gegen sie das Hauptverfahren zu eröffnen oder das Verfahren nicht bloß vorläufig eingestellt wird. Denn dann gibt es kein Verfahren mehr, von dem der Verteidiger ausgeschlossen werden könnte. Daher ist die Ausschließung aufzuheben.
- 152** Tritt einer der genannten Umstände **nur bei einem von mehreren Beschuldigten** ein, so bleibt die Ausschließung aufrechterhalten. Das folgt aus dem Verfahrensbegriff.
- 153** Allerdings ist nicht, wie bei § 120 Abs. 1 S. 2, allein auf den Akt des **Freispruchs** usw. abzustellen. Die Notwendigkeit, die Ausschließung aufzuheben, tritt vielmehr erst mit der Rechtskraft der genannten Entscheidungen ein. Umgekehrt ist es bei der Verurteilung: Die Voraussetzungen der Ausschließung entfallen nicht mit der Rechtskraft der Verurteilung. Denn der Verteidiger ist auch bestellt, um nach der Rechtskraft des Urteils bei Nachtragsentscheidungen (vgl. §§ 462, 462a) mitzuwirken.
- 154** Das Gericht wird, mag auch eine Vorschrift nach dem Muster des § 268b fehlen, bei der Urteilsfällung **von Amts wegen** prüfen, ob es dem nach § 138c Abs. 1 zuständigen Gericht die Sache vorlegen muß zu dem Zweck, die Ausschließung aufzuheben.
- 155** **2. Freispruch im Strafverfahren oder Nichtfeststellung des Sachverhalts im Ehren- oder Berufsgerichtsverfahren (Satz 1 Nr. 2).** Dies ist die gesetzliche Regelung eines auch schon nach früherem Recht praktisch anerkannten Anwendungsfalls der Aufhebung eines Ausschlusses<sup>224</sup>. Dabei wird der **Wegfall** der Voraussetzungen der Ausschließung, nämlich des Verdachts gegenüber dem Verteidiger, gesetzlich vermutet.
- 156** Die **Ablehnung der Eröffnung** des Hauptverfahrens durch das Gericht (§ 204) steht dem Freispruch gleich. Liegen die Voraussetzungen der Aufhebung vor, so bleiben der Ausschluß und damit die mit ihm verbundenen Beschränkungen aufrechterhalten, bis ein aufhebender Gerichtsbeschluß ergangen ist; die Regelung des § 138c gilt für alle Entscheidungen nach § 138a<sup>225</sup>.
- 157** Gegen den die Aufhebung der Ausschließung ablehnenden Beschluß (des Oberlandesgerichts oder des Bundesgerichtshofs, § 138c Abs. 1) steht dem **Verteidiger kein Rechtsmittel** zu. § 138d Abs. 6 erfaßt diesen Fall nicht; es gilt also die allgemeine Regelung des § 304 Abs. 4. Die Entscheidung über die Aufhebung ist ohne mündliche Verhandlung zu treffen; § 138d Abs. 4 ist nicht anzuwenden<sup>226</sup>.
- 158** **3. Ablauf eines Jahres ohne Verfahrenseröffnung oder Strafbefehlserlaß (Satz 1 Nr. 3).** Die Vorschrift soll davor schützen, daß der Verteidiger unverhältnismäßig lange aus einem Verfahren ausgeschlossen bleibt, ohne daß er Gelegenheit hat (von der Beschwerdemöglichkeit des § 138d Abs. 6 abgesehen), den Verdacht gegen seine Person in einem gesetzlich geordneten Verfahren auszuräumen und so die Aufhebung des Ausschlusses zu erzwingen<sup>227</sup>.

<sup>224</sup> Vgl. LR-*Dünnebieber*<sup>23</sup> 57.

<sup>225</sup> Vgl. OLG Karlsruhe Justiz 1981 446; *Kleinknecht/Meyer-Gofner*<sup>45</sup> 20; KK-*Laufhütte*<sup>4</sup> § 138c, 29.

<sup>226</sup> BGH NJW 1984 935.

<sup>227</sup> Vgl. BTDrucks. 8 976, S. 38.

**4. Befristung, Aufrechterhaltung für die Dauer eines Jahres (Abs. 3 S. 2).** Die Voraussetzungen für die Verlängerung eines Ausschlusses, der nach Abs. 3 S. 1 Nr. 3 aufzuheben wäre, sind § 121 Abs. 1 nachgestaltet. Befristung erfordert einen Gerichtsbeschuß. 159

**5. Verteidigungs- und Kommunikationsverbote.** Sie enden, sobald die Ausschließung aufgehoben wird, von selbst. Im Fall des Abs. 1 endet die Ausschließung, **weil sie auf das Verfahren bezogen ist**, erst, wenn das Verfahren gegen alle Beschuldigten erledigt ist. Zwar könnte man fragen, ob die Ausschließung nicht aufzuheben ist, wenn in dem Verfahren gegen A, B, C und D, wo Rechtsanwalt X als Verteidiger von A wegen Teilnahme ausgeschlossen worden ist, festgestellt wird, daß nur B, C und D mit Vorsatz, A aber vorsatzlos gehandelt hat, so daß Rechtsanwalt X, obwohl er vorsätzlich Hilfe geleistet hat, im Bezug auf den von ihm Verteidigten strafrechtlich (§ 27 Abs. 1 StGB) nicht beteiligt war. Indessen ist Abs. 5 S. 1 1. Hs. gerade eingefügt worden, um klarzustellen, daß die Ausschließung nach Abs. 1 sich auf das ganze Verfahren und auf die (sukzessive) Verteidigung aller Mitbeschuldigten bezieht<sup>228</sup>. Insoweit interpretiert das Verteidigungsverbot des Abs. 5 S. 1 1. Hs. den Umfang der Ausschließung nach Abs. 1. 160

### § 138b

<sup>1</sup>Von der Mitwirkung in einem Verfahren, das eine der in § 74a Abs. 1 Nr. 3, § 120 Abs. 1 Nr. 3 des Gerichtsverfassungsgesetzes genannten Straftaten oder die Nichterfüllung der Pflichten nach § 138 des Strafgesetzbuches hinsichtlich der Straftaten des Landesverrates oder einer Gefährdung der äußeren Sicherheit nach den §§ 94 bis 96, 97a, 100 des Strafgesetzbuches zum Gegenstand hat, ist ein Verteidiger auch dann auszuschließen, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen die Annahme begründet ist, daß seine Mitwirkung eine Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland herbeiführen würde. <sup>2</sup>§ 138a Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 gilt entsprechend.

Schrifttum siehe bei § 138a.

**Entstehungsgeschichte.** Eingefügt durch Art. 1 Nr. 6 des StVRErgG<sup>1</sup> und in Kraft seit dem 1.1.1975; Satz 2, neugefaßt durch Art. 1 Nr. 7 StPÄG 1978. Im Gesetzesentwurf war Verfahrenssabotage als Ausschließungsgrund vorgesehen<sup>2</sup>; mit Blick auf die Schwierigkeit, diesen Begriff zu definieren, wurde diese Absicht aber fallengelassen.

#### Übersicht

	Rdn.		Rdn.
1. Statistik . . . . .	1	b) Verdachtsgrad . . . . .	3
2. Verfahrensgegenstand . . . . .	2	4. Abwägung . . . . .	5
3. Ausschließungsgrund		5. Aufhebung der Ausschließung (Satz 2) . . . . .	7
a) Herbeiführung einer Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik durch die Mitwirkung des Verteidigers . . . . .	2		

<sup>228</sup> Vgl. BTDrucks. 7 1005.

<sup>1</sup> Gesetz vom 20. 12. 1974. BGBl. I, S. 3686.

<sup>2</sup> BTDrucks. 7 3649.

- 1 **1. Statistik.** Die praktische Relevanz des § 138b ist äußerst gering. Auf § 138b gestützte Ausschließungen sind nicht bekannt geworden<sup>3</sup>.
- 2 **2. Verfahrensgegenstand.** § 74a Abs. 1 Nr. 3 GVG war zwar nach Art. 324 Abs. 5 Nr. 2 EGStGB in Berlin (West) nicht anzuwenden, was jedoch seit dem 6. ÜberleitungsG<sup>4</sup> gegenstandslos ist. Die Straftaten nach § 138 StGB sind ein Ausschnitt aus § 120 Abs. 1 Nr. 7 in Verb. mit Nr. 3 GVG. Dort lautet der Text nach Art. 22 Nr. 8 EGStGB: Bei Nichtanzeige von Straftaten nach § 138 StGB, wenn die Nichtanzeige eine Straftat betrifft, die zur Zuständigkeit des Oberlandesgerichts gehört. Durch die Änderung wurden die Worte „Nichterfüllung der Pflichten“ durch „Nichtanzeige von Straftaten“ ersetzt, nachdem § 138 durch Art. 19 Nr. 207 EGStGB die Überschrift „Nichtanzeige geplanter Straftaten“ erhalten hatte. In § 138b wird – wohl versehentlich – an den alten Text von § 120 Abs. 1 Nr. 7 angeknüpft. Einen sachlichen Unterschied begründet das nicht. § 120 Abs. 1 Nr. 3 hat zuletzt durch § 19 HalbleiterschutzG<sup>5</sup> eine Erweiterung erfahren. Damit erfaßt § 138b abschließend folgende Verfahrensgegenstände: §§ 94 bis 100a, 109d bis 109g, 138 Abs. 1 Nr. 3 StGB, § 52 Abs. 2 PatG und in Verb. mit § 9 Abs. 2 GebrauchsmusterG und in Verb. mit § 4 Abs. 4 HalbleiterschutzG.

### 3. Ausschließungsgrund

- 3 **a) Herbeiführung einer Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik durch die Mitwirkung des Verteidigers.** Der Begriff der **Gefährdung** der Sicherheit der Bundesrepublik wird in § 109e Abs. 1 und in § 109g Abs. 1 und 2 StGB verwendet. Von der Sicherheit der Bundesrepublik sprechen § 87 Abs. 1, § 88 Abs. 1, § 89 Abs. 1, § 109f StGB. Eine Definition enthält § 92 Abs. 3 Nr. 2 StGB. Die dort gewonnene Auslegung ist auch für die hier behandelte Bestimmung maßgebend, weil sie dasselbe Ziel verfolgt, wie es die Strafgesetze tun. Deshalb ist auf die Kommentare zum Strafgesetzbuch zu verweisen und hier nur folgendes hervorzuheben: Die **Sicherheit** der Bundesrepublik umfaßt die äußere und die innere Sicherheit, das heißt deren Fähigkeit, sich nach außen und innen gegen gewaltsame Einwirkungen zur Wehr zu setzen<sup>6</sup>. Eine **Gefahr** für die Sicherheit besteht, wenn nach den konkreten Umständen des Falls die Wahrscheinlichkeit gegeben ist, daß der Eintritt des Schadens ernstlich zu befürchten ist, wobei Wahrscheinlichkeit die naheliegende Möglichkeit, die begründete Besorgnis bedeutet<sup>7</sup>. Mitwirkung ist Verteidigung<sup>8</sup>.
- 4 **b) Verdachtsgrad.** Allein auf äußerlich zu Tage liegende Tatsachen kann nicht abgestellt werden, weil die Feststellung der Gefahr erfordert, auch das als Tatsache zu bewerten, was aufgrund äußerer Tatsachen nach der Lebenserfahrung aus dem inneren eines Verteidigers erschlossen werden kann, etwa die Widerstandskraft, Anforderungen entgegenzutreten, die an ihn von Stellen erhoben werden, denen er Gehorsam schuldet oder Entgegenkommen zu erbringen sich verpflichtet glaubt.
- 5 Es muß sich um **bestimmte** Tatsachen handeln und sie müssen eine **Annahme** begründen. *Dünnebie*<sup>9</sup> meinte, die Annahme sei weniger als der Verdacht, aber mehr als die

<sup>3</sup> So für den Zeitraum bis 1980 ausdrücklich *Rief* NStZ 1981 328.

<sup>4</sup> Gesetz vom 25. 9. 1990, BGBl. I, S. 2106, dort § 1.

<sup>5</sup> Gesetz vom 22. 10. 1987, BGBl. I, S. 2294.

<sup>6</sup> LK-*Laufhütte*<sup>11</sup> § 92, 6; KK-*Laufhütte*<sup>4</sup> 2; *Kleinknecht/Meyer-Goßner*<sup>45</sup> 2; vgl. zur inneren Sicherheit BGHSt 28 316 f.

<sup>7</sup> *Tröndle/Fischer*<sup>49</sup> § 34, 3; RGSt 10 176; ähnlich *Kleinknecht/Meyer-Goßner*<sup>45</sup> 2.

<sup>8</sup> S. § 138a, 12.

<sup>9</sup> LR-*Dünnebie*<sup>23</sup> 4.