

Buchbesprechung

Das Vertragsprinzip – ein neues Strafverteidigungs-Paradigma?¹

von RA Dr. Stephan Barton, Bremen²

1. Neukonzeption

Mit der 27. Lieferung – der Kommentierung des der Verteidigung gewidmeten 11. Abschnitts der StPO – ist Band 2 der 24. Aufl. des Löwe-Rosenberg vollendet. Es liegen damit die Bände 1–5 abgeschlossen vor.

Gegenüber der 23. Auflage hat der Kommentator vom Justizpraktiker Hans Dünnebieer zum Rechtslehrer Klaus Lüderssen gewechselt, zugleich sind wesentliche inhaltliche Änderungen erfolgt. Dies fordert dazu auf, bezogen auf die §§ 137 ff. StPO die 23. mit der 24. Auflage zu vergleichen.

a) Allgemeines

Bei einem Vergleich zwischen der 23. und 24. Auflage ist schon auf den ersten Blick auffallend, daß sich der Umfang der Kommentierung des 11. Abschnitts der StPO in etwa verdoppelt hat (von 171 auf nunmehr 313 Seiten) und insgesamt auch eine erhebliche Ausweitung des wissenschaftlichen Apparates (deutliches Anwachsen der Fundstellenangaben; Ausdehnung des einleitenden Literaturverzeichnisses von einer knappen halben auf nunmehr viereinhalb Seiten) festzustellen ist. Dies fügt sich in die allgemeinen Tendenzen der Neukonzeption der 24. Auflage nahtlos ein.³ Auffallend ist auch, daß Lüderssen seine Kommentierung mit gesellschaftstheoretischen und historischen Ausführungen beginnt, während Dünnebieer hier einen rechtsdogmatischen Einstieg (Stellung des Verteidigers) wählt.

b) Einzelne Veränderungen: Gegenüberstellung der 23. und 24. Aufl. Abgesehen von solchen »strukturellen« Unterschieden in der Kommentierung zwischen Dünnebieer und Lüderssen ist besonders die Frage von Interesse, ob und inwieweit sich sachlich-inhaltliche Änderungen ergeben haben. Solche sind verschiedentlich festzustellen.⁴

Eine Kontroverse zwischen der 23. und 24. Aufl. betrifft die rechtssystematische Einordnung des § 140 II StPO. Lüderssen wendet sich hier gegen Dünnebieers Ansicht, daß »die Verteidigung erst zufolge der richterlichen Feststellung notwendig« (Dünnebieer Rdnr. 31) werde und damit dem Vorsitzenden ein Ermessen eingeräumt sein könnte (Lüderssen Rdnr. 42); vielmehr seien Abs. 1 und Abs. 2 des § 140 StPO dem gleichen Maßstab verpflichtet. Auffallend ist hier aber, daß Lüderssen in einem erheblich umfangreicheren Maß als dies in der 23. Aufl. der Fall war, die vorhandene Literatur und Rechtsprechung einarbeitet und damit nicht nur einen wichtigen Beitrag zur Dogmatisierung des § 140 II StPO leistet, sondern auch für in der Praxis stehende Verteidiger wichtige Argumentationshilfen und Präjudizien zur Beordnung eines Pflichtverteidigers bietet. Eine weitere Differenz betrifft die Frage, ob in Fällen des § 145 IV StPO – wenn der neue Verteidiger erklärt, er sei nicht genügend vorbereitet, und die Aussetzung der Hauptverhandlung

fordert – das Gericht hier eine Ermessensentscheidung zwischen Aussetzung und Unterbrechung der Hauptverhandlung treffen kann, oder ob es dem Antrag des Verteidigers zwingend entsprechen muß. Lüderssen vertritt hier die letztgenannte Position (Rdnr. 26), da nur der Verteidiger sicher überschauen könne, ob die Interessen der Verteidigung auch bei einer Unterbrechung noch gewahrt sind; Dünnebieer folgt dagegen der Rechtsprechung (Rdnr. 23) und gesteht dem Gericht ein pflichtgemäßes Ermessen zu. Die 24. Aufl. bietet hier eine wichtige Argumentationshilfe für den – erst später zugezogenen – Verteidiger, der meint, daß eine Unterbrechung der Hauptverhandlung nicht ausreichend wäre, um die notwendige Vorbereitung der Hauptverhandlung zu gewährleisten.

Die zur Verfügung stehenden Rechtsschutzmöglichkeiten gegen versagte Akteneinsicht im Ermittlungsverfahren sehen Dünnebieer und Lüderssen ebenfalls unterschiedlich. In der 23. Aufl. wird der Standpunkt der überwiegenden Rechtsprechung vertreten, daß der Verteidigung kein förmlicher Rechtsbehelf offenstehe. Anders hier Lüderssen: Er billigt – unter Berufung auf die Lehre (§ 147 Rdnr. 157) – der Verteidigung auch den Rechtsweg nach §§ 23 ff. EGGVG zu. Unter Einbeziehung von in der 23. Aufl. noch nicht berücksichtigter wissenschaftlicher und gesetzgeberischer Entwicklungen (nunmehr bestehen Rechtsschutzmöglichkeiten für den Verletzten, § 406e StPO) sowie einer erheblich angewachsenen Judikatur (u. a. zu Spurenakten) vertritt Lüderssen hier nicht nur den rechtlich zutreffenden Standpunkt, seine Kommentierung erlaubt auch hier dem in der Praxis stehenden Verteidiger, sich umfassend und präzise zu informieren.

Ausdrücklich gegen Dünnebieer wendet sich die 24. Aufl. auch bezüglich verschiedener Modalitäten im Zusammenhang mit der Beschränkung des Verkehrs mit dem einer Straftat nach § 129a StGB Beschuldigten (§ 148 II StPO). Lüderssen fordert hier entgegen Dünnebieer, daß ein einfacher Verdacht einer Straftat nach § 129a StGB Maßnahmen nach § 148 II StPO nicht begründen könne, es hierzu vielmehr des dringenden Tatverdachts – konkret also des Erlasses eines auf § 129a StGB gestützten Haftbefehls bedürfe (Rdnr. 37f.). Gegen die 23. Aufl. wendet sich Lüderssen auf der Basis einer grammatikalischen Gesetzesinterpretation und unter Betonung des Vertrauensgesichtspunktes auch bezüglich der Frage, ob die Trennscheiben so ausgestaltet sein müssen, daß keiner der beiden Gesprächspartner Gegenstände und Schriftstücke, die der andere zur Besprechung mitgebracht hat, einsehen kann (Rdnr. 41a). Auch hier ist Lüderssen nicht nur aus rechtssystematischen Erwägungen im Ergebnis zuzustimmen, die Kommentierung stärkt auch hier die Argumentationsbasis des von einer möglichen Beschränkung des Verkehrs betroffenen Verteidigers.

Bei der Besprechung von Gollwitzers Kommentierung des LR hat Fezer angemerkt, ob es nicht gerade Aufgabe eines Großkommentars sein muß, kritische Impulse für die Rechtsanwendung durch die vertiefte Einbeziehung der Literatur zu vermitteln.⁵ Dem ist nicht nur zuzustimmen, sondern auch festzustellen, daß Lüderssen bei der Kommentierung des 11. Abschnitts der StPO neben der dokumentarisch-systematischen Arbeit in überzeugender und selbstbewußter⁶ Weise die Aufarbeitung und Zugänglichmachung kritischer Stimmen aus der Literatur, die gerade in den Jahren nach Erscheinen der 23. Aufl. des LR aufgenommen haben, gelungen ist. Für diejenigen Wissenschaftler oder Praktiker, die von einer Kommentierung der Verteidigungsvorschriften nicht nur die Darstellung der Recht-

¹ Zugleich Besprechung von Löwe-Rosenberg, Großkommentar zur StPO, 24. Aufl., hrsg. von Peter Rieß, Verlag Walter de Gruyter Berlin/New York, 27. Lieferung, §§ 137–150, kart., 313 Seiten, DM 171, Bearbeiter: Klaus Lüderssen.

² Zur Zeit Vertretungsprofessor an der Universität Hamburg.

³ Vgl. Fezer StV 1989, 181.

⁴ Die Darstellung der Differenzen zwischen der 23. und 24. Aufl. erhebt keinesfalls den Anspruch der Vollständigkeit. Was die zentrale Differenz, nämlich die Frage nach dem Vertragsprinzip betrifft, vgl. die Ausführungen unter 2.

⁵ Fezer, StV 1989, 180.

⁶ Ein im positiven Sinne mehr als »starkes Stück« ist es, wie Lüderssen vor § 137 Rdnr. 75 ff. die Auffassung der hM, der Verteidiger sei ein Organ der Rechtspflege, im Anschluß an die Darstellung des von ihm favorisierten Vertragsprinzips lakonisch als »abweichende Auffassung« charakterisiert.

sprechung oder knappe Hinweise auf »abw. Meinungen« erwarten, sondern die eine umfassende Darstellung der verschiedenen Stimmen in der Literatur und kritische Reflektionen wünschen und dabei auch zu einem entsprechenden Lesestudium bereit sind, ist *Lüderssens* Kommentierung ein unentbehrliches Hilfsmittel.

2. Vertragsprinzip

Man würde *Lüderssens* Neukommentierung der §§ 137 ff. StPO nicht gerecht, wenn man sie nur unter dem Gesichtspunkt der einzelnen Änderungen gegenüber der 23. Aufl. betrachtete. Diese sind vielmehr nur Details einer dahinter stehenden Neukonzeption, dem von *Lüderssen* so bezeichneten »Vertragsprinzip« (vor § 137 Rdnr. 33), welches als sachlicher und programmatischer Zentralbegriff zur Begründung und Detaillierung der Rechtsstellung des Verteidigers sowohl gegenüber dem Mandanten als auch gegenüber der Justiz und Exekutive anzusehen ist.

a) Darstellung des Vertragsprinzips

Vor dem Hintergrund einer differenzierten historischen und gesellschaftstheoretischen Betrachtung der Strafverteidigung (vor § 137 Rdnr. 5–32) leitet *Lüderssen* das Vertragsprinzip ab: Dieses sei Ausdruck der Autonomie und Respektierung der Subjekttrolle des Beschuldigten; es folge daraus, daß für die »Ausgestaltung der Beziehung zwischen Beschuldigtem und Verteidiger nur die – für die gesamte Privatrechtsgesellschaft typische – Rechtsform des Vertrages« in Betracht komme (vor § 137 Rdnr. 33). Der Vertrag werde in Fällen der Wahlverteidigung mit der Bevollmächtigung des Verteidigers durch den Mandanten geschlossen bzw. beim bestellten Verteidiger durch den Akt der Bestellung seitens des Vorsitzenden hoheitlich eingeleitet (vor § 137 Rdnr. 62, § 141 Rdnr. 1 ff.). Dieser Vertrag sei als Dienstvertrag (§ 611 ff. BGB), der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat (§ 675 BGB; vor § 137 Rdnr. 35), zu charakterisieren. Die Grenzen des Vertrages ergäben sich aus den »allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Rechtsgeschäfte und Verträge« (vor § 137 Rdnr. 36 ff.).

b) Weisungen – Grenzen des Vertragsprinzips

Die strittig diskutierte Frage, inwieweit der Verteidiger vom Willen des Beschuldigten unabhängig ist,⁷ beantwortet sich für *Lüderssen* auf dem Boden des Vertragsprinzips konsequent dahingehend, daß der Mandantenwille vorgeht (§ 665 BGB). Das heißt – soweit zwischen Verteidiger und Mandant nicht vertraglich etwas anderes vereinbart wird –, daß der Beschuldigte die Verteidigungskonzeption vollständig bestimmen könne (vor § 137 Rdnr. 90 ff.), soweit dies nicht im Einzelfall gegen die Sorgfaltspflicht des Verteidigers (§ 276 BGB) oder gegen die §§ 134, 138 BGB verstoße (vor § 137 Rdnr. 50). Dem Verteidiger bliebe in solchen Fällen nur die Möglichkeit, ein entsprechendes Mandat nicht anzunehmen (vor § 137 Rdnr. 45) oder – soweit möglich – zu beenden (vor § 137 Rdnr. 53).

Es ist das große Verdienst von *Lüderssen*, aufgezeigt zu haben,⁸ daß die Strafverteidigung zivilrechtliche Komponenten enthält und diese auf das Strafprozeßrecht ausstrahlen können. Für ein umfassendes Verständnis der Strafverteidigung ist die Berücksichtigung dieser Zivilrechtsaspekte unerlässlich. Es ist *Lüderssen* auch darin zu folgen, daß dort, wo ein gültiger Vertrag zwischen Beschuldigtem und Verteidiger zustande gekommen ist, der nichts Gegenteiliges enthält und nicht gegen die §§ 134, 138 BGB verstößt, der Beschuldigte das Recht zur Bestimmung der Verteidigungskonzeption hat. Dies mag für viele in der Praxis stehende Verteidiger ein überraschender oder nicht wünschenswerter Rechtszustand sein,⁹ ist aber – bezogen auf das Verteidigungsinnenverhältnis – geltendes Recht. Verstößt der Verteidiger gegen Weisungen oder seine Sorgfaltspflichten, so kann er hierfür haftungsrechtlich zur Rechenschaft gezogen werden. *Lüderssen* ist es damit überzeugend gelungen, den Verteidiger aus einem haftungsrechtlichen Freiraum geholt und in einen zur Berufssorgfalt zwingenden recht-

lichen Rahmen gestellt zu haben, was mittelbar dann auch wieder auf die Strafverfahrenspraxis ausstrahlen dürfte, wenn ungenügende Verteidigungen haftungsrechtlich sanktioniert werden und damit das Niveau der Strafverteidigung steigt . . .

Lüderssen will seine Ausführungen allerdings keinesfalls in dem hier vorgetragenen »engen« auf das Verteidigungsinnenverhältnis bezogenen Kontext verstanden wissen. Das Vertragsprinzip in *Lüderssens* Konzeption geht erheblich weiter. Es besagt, daß jeder Form von Strafverteidigung – also auch der durch den Vorsitzenden gemäß § 143 StPO begründeten (Pflicht-)Verteidigung – ein Vertrag zugrundeliegt und daß in diesem Vertragsverhältnis keine öffentlich-rechtliche Komponente enthalten sei. *Lüderssen* folgert aus dem Vertragsprinzip ferner Konsequenzen im Hinblick auf die Zulässigkeit und Wirksamkeit von Prozeßhandlungen des Verteidigers. Während die o.g. haftungsrechtliche Konsequenz überzeugend dargelegt ist, bedürfen die weiteren Folgerungen aus dem Vertragsprinzip jedoch einer gesonderten Prüfung¹⁰.

c) Negierung einer öffentlich-rechtlichen Komponente der Strafverteidigung

Lüderssen lehnt es verschiedentlich (vor § 137 Rdnr. 60) ausdrücklich ab, daß der Vertrag zwischen Verteidiger und Beschuldigtem eine öffentlich-rechtliche Komponente enthalte: »Der Gedanke, daß die Vereinbarung mit dem Verteidiger zugleich die Wirkung einer öffentlich-rechtlich zu beurteilenden Mandatsstellung habe, findet im Gesetz keine Stütze« (vor § 137 Rdnr. 34). Dementsprechend begründet *Lüderssen* die Möglichkeiten einer Kontrolle des Verteidigers unter Zuhilfenahme zivilrechtlicher Konstrukte (speziell §§ 134, 138, 276 BGB).¹¹

Dabei ist zu fragen, ob *Lüderssens* Dichotomisierung von Vertragsprinzip und öffentlich-rechtlicher Komponente angesichts des ausdrücklichen Verweises auf die §§ 134, 138, 276 BGB in sich konsequent ist. Denn diese Normen – ebenso wie weitere gleichfalls relevante Normen (§§ 157, 242 sowie 826 BGB und das AGB-Gesetz) – sind als Einfallspforten¹² öffentlich-rechtlicher Interessen in das Privatrecht, speziell das Vertragsrecht, zu verstehen. Diese Normen führen dazu, der Privatautonomie/Vertragsfreiheit aus öffentlichen Interessen heraus Grenzen zu setzen.¹³ Sie dienen dazu, auch die »Belange der Gemeinschaft«, insofern öffentliche Interessen, zu schützen. Bei ihrer Anwendung fließt damit speziell die »Wertordnung des Grundgesetzes«¹⁴ in das Privatrecht ein.

In verschiedenen Rechtsgebieten (beispielsweise dem Arbeits- und Mietrecht, aber auch §§ 9 ff. AGB-Gesetz) hat dieser Gedanke dazu geführt, daß neben den §§ 134, 138 BGB Sonderregelungen kodifiziert wurden, die dem Gedanken, Ausgleich typischer Ungleichheiten zu bewirken,¹⁵ in spezieller Weise Rechnung tragen sollen. Zwar schließen diese partiellen Regelungen die Anwendung der BGB-Generalklauseln nicht aus, doch muß – soweit die Sonderregelungen nicht sowieso schon vorgehen – die Interpretation der Generalklauseln im Zusammenspiel mit den spezielleren Gesetzen erfolgen und namentlich im Einklang mit den Wertvorstellungen des Grundgesetzes stehen.

Vor diesem Hintergrund lassen sich die §§ 137 ff. StPO unschwer als Spezialnormen interpretieren, durch die öffentlich-rechtliche Interessen zur Geltung gebracht werden sollen: Dies geschieht vor allem dadurch, daß die StPO versucht, durch einen *numerus clausus* an die als Strafverteidiger akzeptierten »Vertragspartner« eine Mindestqualität der Strafverteidigung

⁷ Vgl. dazu auch die entgegenstehende Position von *Dahs*, Handbuch des Strafverteidigers, 5. Aufl., Rdnr. 28.

⁸ So schon in der FS f. Dünnebieber 1982, S. 263: Wie abhängig ist der Strafverteidiger von seinem Auftraggeber? Wie unabhängig kann und soll er sein?

⁹ Vgl. dazu *Jungfer*, Besprechung der Dünnebieber-FS, StV 1983, 392 f.

¹⁰ Meine Anmerkungen sollen dabei weniger als abgeschlossene Kritik, als vielmehr als Aufforderung zur Diskussion verstanden werden.

¹¹ Vgl. vor § 137 Rdnr. 36 ff.

¹² Münchener Kommentar, *Mayer-Maly* § 157 Rdnr. 14.

¹³ *Soergel-Hefermehl* § 138 Rdnr. 7.

¹⁴ *Soergel-Hefermehl* § 138 Rdnr. 10.

¹⁵ *Soergel-Hefermehl* § 138 Rdnr. 7.

zu gewährleisten, indem als »Vollverteidiger« nur Rechtsanwälte und Rechtslehrer sowie darüber hinaus in besonderen Fällen nach Genehmigung oder Bestellung durch den Vorsitzenden auch Referendare, Angehörige steuerberatender Berufe sowie andere Personen verteidigen dürfen. Dies erfolgt darüber hinaus auch durch das Institut der notwendigen Verteidigung als solches. Indem die StPO den Willen des Beschuldigten, nicht formell verteidigt zu werden, für unbeachtlich erklärt, setzt sie der Privatautonomie aus öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkten einschneidende Grenzen. Ratio dieser Vorschrift ist dabei das öffentliche Interesse der Gesellschaft daran, daß in einem Verfahrenstypus wie dem der geltenden StPO, der auch Parteiprozeßelemente enthält, die Partei des Beschuldigten über ein Mindestmaß an fachlich-juristischer Qualifikation verfügen muß, um sich entsprechend kompetent verteidigen zu können. Nur dies läßt ein gerechtes Urteil und damit die Verhinderung gesellschaftlich nicht erwünschter Fehlurteile erwarten. Die von Lüderssen postulierte vollständige »Gleichheit zwischen Wahlverteidigung und Pflichtverteidigung« (vor § 137 Rdnr. 60) wird nicht durch die geltende StPO-Konzeption gestiftet.

Lüderssens rigorose Ablehnung einer öffentlich-rechtlichen Komponente der Strafverteidigung ist insofern mit dem geltenden Recht nicht zu vereinbaren. Sie erscheint zu sehr auf die Abgrenzung zur Figur des Verteidigers als »Organ der Rechtspflege« bezogen. Letztere ist aber nicht etwa nur dann und deshalb abzulehnen, wenn das Verhältnis zwischen Verteidiger und Beschuldigtem keine öffentlich-rechtliche Komponente enthielte, sondern die Ablehnung folgt schon aus der ideologischen Besetzung dieses Begriffes, gepaart mit der tatsächlichen Substanzlosigkeit und rechtssystematischen Folgelosigkeit der Begriffsverwendung¹⁶. Die Bejahung einer öffentlich-rechtlichen Komponente zur Strafverteidigung bedeutet denn auch keinesfalls eine Zustimmung zur »Organstellung«. Hiermit wird nur zum Ausdruck gebracht, daß es ein öffentlich-rechtliches Interesse an einer in Mindestmaßen »wirksamen« Strafverteidigung gibt und daß demgemäß eine Kompetenz-Mindestgrenzen unterschreitende Verteidigung nicht hinnehmbar ist. Die Diskussion um die Stellung des Verteidigers als Organ der Rechtspflege – die sich weitgehend als eine solche zu den Fragen der Zulässigkeit von Handlungen des Verteidigers (speziell unter dem Gesichtspunkt der Abgrenzung zur Strafvereitelung) darstellt – hat den Blick auf diese Erkenntnis verstellt.

d) Prozeßhandlungen des Verteidigers

Für auf dem Boden der hM stehende Positionen spielt die Problematik der Gültigkeit von Prozeßhandlungen des Verteidigers keine besondere Rolle.¹⁷ Ganz anders stellt sich dies auf der Basis des Vertragsprinzips dar. Hier ist zutiefst problematisch, ob der Verteidiger Rechte aus eigener Kraft hat, inwieweit diese ggf. gegen den Widerspruch des Mandanten fortbestehen und ob dies konkret Bedeutung für die Frage der Zulässigkeit und Wirksamkeit von Prozeßhandlungen des Verteidigers haben kann.

Lüderssen schätzt die Problematik der »Bedeutung des Vertrags

zwischen Beschuldigtem und Verteidiger für die Gültigkeit, Zulässigkeit oder Wirksamkeit sowie die Rechtmäßigkeit« (vor § 137 Rdnr. 65¹⁸) von Prozeßhandlungen des Verteidigers zutreffend als noch nicht »hinreichend geklärt« ein. Insofern muß Lüderssen hier grundsätzliche Fragen über den Vertrag, die Vollmacht und die Prozeßhandlung aufwerfen.¹⁹ Bezüglich der »Vollmacht« des Verteidigers greift er – in sich konsequent – wiederum auf Regelungen aus dem BGB-AT zurück: Zentral ist hier für ihn die *Stellvertretung* (§§ 164 ff. BGB²⁰). Es erscheint aber fraglich, ob dieses Rechtsinstitut auf die Strafverteidigung übertragen werden kann. Eine Vertretung des Beschuldigten ist im Rahmen der StPO nur in besonderen Ausnahmefällen möglich.²¹ Von daher lehnt die überwiegende Meinung in Rechtsprechung und Literatur²² es ab, den Verteidiger generell als Vertreter des Beschuldigten anzusehen, und kann damit auch nicht die Stellvertretungsregeln als einschlägig begreifen.²³ Ähnliches gilt für die Frage der Zulässigkeit und Wirksamkeit von Prozeßhandlungen des Verteidigers. Im Rahmen des Vertragsprinzips ist bei allen Prozeßhandlungen des Verteidigers, die unabhängig vom Mandanten oder gar gegen dessen Widerspruch erfolgen, prekär, ob sie als zulässig bzw. gültig anzusehen sind.

Lüderssen prüft hier verschiedene Prozeßhandlungen des Verteidigers in verschiedenen Stadien des Strafverfahrens unter dem Gesichtspunkt, inwieweit für die Gültigkeit von Verteidigerprozeßhandlungen das Erfordernis eines Einverständnisses mit dem Beschuldigtenwillen gegeben sein muß, bzw. der Widerspruch des Mandanten die Wirksamkeit der Prozeßhandlung berühren kann. Hierbei kommt er zu dem Ergebnis, daß alle Konstellationen auf der Basis von zwei Modellen zu bewältigen seien:²⁴ Dem »Widerrufsmodell« und dem »Modell des aktualisierten Einverständnisses«. ²⁵ Letzteres gelte beispielsweise bezogen auf die Rücknahme von Rechtsmitteln des Verteidigers oder im Hinblick auf das Plädoyer; ersteres komme u. a. bei Beweisanträgen, bei der Einlegung von Rechtsmitteln und bei der Wahrnehmung des Erklärungsrechts zum Tragen. Im Ergebnis bedeuten beide Modelle, daß der Mandantenwille vorgeht, also Prozeßhandlungen des Verteidigers bei entgegenstehender Erklärung des Mandanten (Widerrufsmodell) oder nicht erklärter Zustimmung (Modell des aktualisierten Einverständnisses) unwirksam bzw. unzulässig seien.

Auch gegen die Ausführungen zur Zulässigkeit und Wirksamkeit von Prozeßhandlungen des Verteidigers bestehen Bedenken.²⁶ Zum einen erscheint es rechtssystematisch fraglich, ob man – wie dies bei Lüderssen der Fall ist – die Vorschriften der §§ 297 bzw. 302 II StPO zum Ausgangspunkt seiner zwei Modelle machen kann. Nach der StPO-Systematik sind diese beiden Vorschriften in dem besonderen Abschnitt zu den Rechtsmitteln aufgeführt, und sie beziehen sich beide auf Bewirkungshandlungen. Von daher spricht der Anschein dafür, daß in diesen Vorschriften nicht generelle Regelungen, sondern Erscheinungsformen eines übergeordneten Grundsatzes oder gar Ausnahmen hiervon behandelt werden.

Fragt man nun danach, ob und welche Grundsätze es bezüglich der Zulässigkeit und Wirksamkeit von Prozeßhandlungen des Verteidigers gibt – eine Frage, die im Rahmen einer Kommentierung der §§ 137 ff. StPO und erst recht in einer Rezension sicher nicht abschließend behandelt werden kann –, so muß man dabei sicherlich auf verschiedene Determinanten abstellen, so auf die Frage nach der Zeitgleichheit oder zeitlichen Nachgeordnetheit von Prozeßhandlungen, auf die Frage der Widerruflichkeit/Rücknehmbarkeit von Erklärungen, auf die Unterschiede in der »Wertkategorie« von Bewirkungshandlungen einerseits und Erwirkungshandlungen andererseits,²⁷ und man kann schließlich auch nach einem eventuellen »Hierarchie«-Verhältnis zwischen Prozeßhandlungen des Verteidigers und des Beschuldigten fragen. Angesichts dessen ist Lüderssens Ergebnis – welches dazu führt, daß Prozeßhandlungen des Verteidigers durch fehlendes Einverständnis oder Widerspruch des

¹⁶ Vgl. dazu schon Hassemer, Reform der Strafverteidigung, ZRP 1980, 328; E. Müller, Strafverteidigung, NJW 1981, 1802.

¹⁷ Vgl. dazu z. B. Beulke, Der Verteidiger im Strafverfahren, 1980, S. 129.

¹⁸ Vgl. auch vor § 137 Rdnr. 74: »Da das Problem bisher kaum gesehen worden ist, kann eine abschließende Würdigung auch noch nicht vorgenommen werden«.

¹⁹ Dies an mehreren Stellen, u. a. vor § 137 Rdnr. 65 ff.; daneben aber auch in § 137 Rdnr. 29 ff.; § 138 Rdnr. 9 ff. Dabei ergibt es sich, daß seine Ausführungen zum Teil (vgl. § 137 Rdnr. 29 ff. einerseits – § 244, Rdnr. 96 sowie Einleitung Kap. IX Rdnr. 7 andererseits) im Gegensatz zu Kommentierungen an anderer Stelle des LR stehen.

²⁰ Vor § 137 Rdnr. 66 ff.

²¹ Speziell §§ 234, 329 I, 350 II 1, 387 I, 411 II StPO.

²² Ausnahme hier allein Spendel, Zur Vollmacht und Rechtsstellung des Strafverteidigers, JZ 1959, 737.

²³ Hier bekommt auch wieder die Frage Bedeutung, ob man der Strafverteidigung öffentliche Funktionen zuweist. Ist dies der Fall, so kann man schon aus diesem Grund eine vollständige Übertragung der Stellvertretungsregeln nicht mittragen.

²⁴ § 137 Rdnr. 41.

²⁵ § 137 Rdnr. 29 ff., 41.

²⁶ Auch hier sind meine Einwände nicht als fertig abgeschlossene Kritik, sondern als Aufforderung zu einer vertieften Diskussion zu verstehen.

Beschuldigten die Wirksamkeit bzw. Zulässigkeit genommen wird – in dieser Pauschalität nicht zuzustimmen.

So differenziert *Lüderssen* beispielsweise nicht bezüglich der Frage, ob es sich bei der zugrundeliegenden Prozeßhandlung um eine Bewirkungs- oder Erwirkungshandlung handelt. Für deren »Gültigkeit« sind jedoch unterschiedliche Wertkategorien anzulegen. So haben Divergenzen zwischen Verteidiger und Mandant bezogen auf *Erwirkungshandlungen* des Verteidigers nicht zur Folge, daß diese als unzulässig anzusehen wären, da sich Erwirkungshandlungen darin erschöpfen, »durch psychische Einwirkung auf den Richter eine Entscheidung bestimmten Inhalts herbeizuführen«.²⁸ Immer dann, wenn die entsprechende Prozeßhandlung des Verteidigers begründet ist, so muß das Gericht dieser auch nachgehen – selbst gegen den Widerspruch des Beschuldigten. Etwas anderes gilt für *Bewirkungshandlungen*: Deren Wertkategorie stellt sich unter dem Gesichtspunkt der Beachtlichkeit/Unbeachtlichkeit²⁹ dar. Wirksam kann jedoch eine solche Prozeßhandlung des Verteidigers *für den Mandanten* (wie z. B. Rechtsmitteleinlegung) nicht gegen den erklärten Widerspruch des Mandanten erfolgen.

Oder um es weniger dogmatisch, dafür vielleicht etwas plastischer darzustellen: *Lüderssen* greift bei seiner Interpretation des Verteidiger-Mandanten-Verhältnisses immer wieder auf die Parallele zum Arzt-Patienten-Verhältnis zurück. So zutreffend das vielfach ist, so wird es mE der Problematik von Prozeßhandlungen nicht gerecht. Hier hätte sich eher eine Parallele bezogen auf Divergenzen zwischen zwei Sitzungsvertretern der Staatsanwaltschaft oder zwischen Verteidigern (und schweigendem Mandanten) angeboten. Können sich zwei (gleichrangige³⁰) Sitzungsvertreter (oder Verteidiger) nicht einigen, so bedeutet dies im Endeffekt, daß bezogen auf Bewirkungshandlungen (z. B. § 61 Nr. 5 StPO) die entsprechende Zustimmung, Verzicht etc. nicht wirksam erklärt wurden und damit der Widerspruch bzw. Nichtverzicht durchdringt.³¹

e) *Bewertung de lege ferenda*

Wenn das Vertragsprinzip hier als zum Teil nicht mit dem geltenden Recht vereinbar angesehen wurde, muß das nicht zwangsläufig bedeuten, daß die Umsetzung des Vertragsprinzips nicht rechtspolitisch anzustreben wäre. Es ist demgemäß zu fragen, ob eine rein privatrechtliche Ausgestaltung der Verteidiger-Mandanten-Beziehung wünschenswert ist.

Hierüber läßt sich sicherlich trefflich streiten, und dieser Streit sollte nicht nur in der Rechtswissenschaft, sondern auch und gerade in der Rechtsanwaltschaft ausgetragen werden. Vorzüge einer zivilistischen Strafverteidigungskonzeption liegen darin, daß damit überlebte obrigkeitsstaatliche Vorstellungen vom Strafprozeß (speziell auch bezogen auf das Verständnis der Strafverteidigung und Selbstverständnis von Strafverteidigern) entideologisiert und in erfreulicher Weise säkularisiert werden. Auf der anderen Seite wird diese positive Komponente möglicherweise für Beschuldigte teuer erkaufte. Wer der Strafverteidi-

gung keine im öffentlichen Interesse bestehende Funktion zuweist, muß damit in Kauf nehmen, daß – mehr noch als dies schon jetzt der Fall ist – Verteidigungsfehler und Verteidigungsversäumnisse³² kompensationslos dem Mandanten zugerechnet werden. Die obrigkeitsstaatlichen Momente in dem herrschenden Verständnis von Strafverteidigung bedeuten zum Teil auch »schützende Formen« für den Beschuldigten, nämlich Schutz vor einem unfähigen, vergeßlichen oder unvorbereiteten Verteidiger. In dem Maße, in dem diese strafprozessual angesiedelten schützenden Formen verloren gehen, ist es erforderlich, daß an deren Stelle funktionierende zivilrechtliche und/oder berufsrechtliche Regelungsmechanismen treten.³³ Zur Zeit greift in der Praxis so gut wie keine zivilrechtliche Sanktion für unzureichende Dienstleistungen des Verteidigers; das Berufsrecht läuft bezogen auf Verteidigermängel leer. Wer also ganz auf ein zivilistisches Verständnis von Strafverteidigung setzt, muß sich auch Gedanken machen, wie dabei der schwächste Teil – der Beschuldigte – vor seinem Verteidiger geschützt werden kann.

3. Fazit

Lüderssen hat mit der Neukommentierung der §§ 137 ff. StPO eine vollkommen eigenständige Konzeption der Strafverteidigung in monographischer Dichte vorgelegt, die den Anspruch erheben kann, ein neues Strafverteidigungs-Paradigma zu bilden. Es kann nur gewünscht werden, daß über diese Neukonzeption bald eine fruchtbare Diskussion beginnen wird. In diesem Zusammenhang wäre es begrüßenswert, wenn *Lüderssen* seine Überlegungen auch in einer Monographie vorlegen würde, um diesen Diskussionsprozeß – mehr noch als dies im Rahmen einer Kommentierung möglich ist und erwartet werden kann – zu fördern.

²⁷ Vgl. hierzu *Eb. Schmidt* Lehrkommentar I, 1965, speziell Rdnr. 233 ff.

²⁸ *Goldschmidt*, *Der Prozeß der Rechtslage*, 1925, S. 364; *Eb. Schmidt* Lehrkommentar Bd. I, 1964, Rdnr. 214.

²⁹ Bzw. Wirksamkeit/Unwirksamkeit.

³⁰ Bei nicht gleichrangigen Staatsanwälten gelten jedoch §§ 145 I, 146 GVG.

³¹ Vgl. dazu auch *KMR-Paulus* § 227 Rdnr. 2 f., der allerdings bei Divergenzen zwischen Sitzungsvertretern das Gericht anhalten will, eine Entscheidung des Dienstvorgesetzten einzuholen.

³² Man denke nur an die Rechtsprechung zu § 44 StPO, wo – im Gegensatz zum Zivilrecht – Fristversäumnisse des Verteidigers dem Mandanten regelmäßig nicht zugerechnet werden.

³³ Vgl. *LK-Lüderssen* § 137 Rdnr. 36: »In dem Maße wie der Verteidiger nicht vom Staat als Organ der Rechtspflege in Anspruch genommen werden kann, wächst seine Haftbarkeit gegenüber dem Beschuldigten.«