

Das Zivilrecht der Pflichtverteidigung

von Dr. Matthias Jahn, Frankfurt a.M.

Kann es eine rein zivilrechtliche Begründung des Rechts der Pflichtverteidigung geben? Auf den ersten Blick ist man wohl geneigt, diese Frage schon wegen der begrifflichen Diskrepanz zwischen Officialverteidigung und Privatautonomie zu verneinen. Bei genauerem Hinsehen zeigt sich aber, daß die vom BVerfG jüngst noch einmal bestätigte These, die Pflichtverteidigerbestellung stelle eine Indienstnahme Privater in der Nähe zum Verwaltungsakt dar, einer näheren Überprüfung nicht standhält.

I. Problemstellung

Privatautonomie als Basisprinzip des Zivilrechts und die Officialverteidigung im Strafrecht als ein Institut, das nach heute vorherrschendem Verständnis¹ vor allem dem öffentlichen Interesse der Verfahrenssicherung dient, scheinen miteinander unverträglich zu sein. Daran ändert sich zunächst auch nichts, wenn man die Pflichtverteidigung primär als ein Instrument zur Kompensation von Autonomiedefiziten des Beschuldigten begreift². Für beide Auffassungen gilt seit der *Croissant*-Entscheidung des BVerfG der jüngst noch einmal in einem *Kammerbeschluß* bestätigte Grundsatz, die Pflichtverteidigerbestellung sei eine Indienstnahme Privater in der Nähe zum Verwaltungsakt³. Mit dieser fürsorglichen Belagerung der Verteidigung sind Konsequenzen verbunden, die dazu führen können, daß der pflichtverteidigte Mandant einen anderen Prozeß bekommt als derjenige, der Willens und in der Lage ist, einen Wahlverteidiger zu beauftragen. Diese unverständliche, mit Blick auf den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 I GG rechtlich untragbare Konsequenz hat vor allem *Lüderssen*⁴ deutlich herausgearbeitet. Nicht zuletzt war dies eines der Motive dafür, das Recht der §§ 140 ff. StPO gleichsam »von der Wahlverteidigung her« neu zu durchdenken. Dieser Ansatz hat Zustimmung erfahren⁵. Von den konkurrierenden Auffassungen wird allerdings unter anderem reklamiert, daß diese Theorie die Pflichtverteidigung nicht erklären könne, bei welcher Privatautonomie keine Rolle spielen könne. Mißlich ist nun aber, daß die rechtliche Qualität der Pflichtverteidigerbestellung bislang wenig erforscht ist⁶. Es ist daher geboten, das vertraute, von den Verteidigern selbst wohl eher resignativ akzeptierte Paradigma vom öffentlich-rechtlichen Charakter der

¹ *BVerfGE* 46, 202 (210); 63, 380 (390); *BGH*, StV 1997, 564; *BGHSt* 39, 310 (315); *Hilgendorf*, NStZ 1996, 1 (4); *Welp*, ZStW 90 (1978), 101 (124).

² So richtig *Roxin*, JZ 1997, 343 (344 f.); *Barton*, StV 1997, 576 (578); *Wassermann*, NStZ 1995, 251; *Neumann*, NJW 1991, 264 (265).

³ *BVerfG* (2. Kammer des Zweiten Senats), NStZ 1998, 46 im Anschluß an *BVerfGE* 39, 238 (244) - *Croissant* und *BVerfG*, NJW 1985, 727 (728).

⁴ *Lüderssen*, NJW 1986, 2742 (2743) sowie *Widmaier*, NStZ 1996, 445 (446); *Schlothauer*, StV 1981, 443 (445); *Barton*, StV 1997, 576 (578).

⁵ *AKStPO-Schlothauer*, Bd. II/2 (1993), vor § 213 StPO, Rdnrn. 33 ff.; *Scholderer*, StV 1993, 228 (229); *Verf.*, »Konfliktverteidigung« und Inquisitionsmaxime, Baden-Baden (erscheint 1998), S. 231 ff. Für die rein zivilrechtliche Fundierung des Vertrags bei der Wahlverteidigung auch *Hartstang*, AnwaltsR (1996), S. 420.

⁶ So auch *Schnarr*, NStZ 1986, 488 (490); *Dahs/Dahs*, Handbuch des Strafverteidigers⁵, Rdnr. 111.

Pflichtverteidigerbestellung auf den Prüfstand zivilrechtlicher Dogmatik zu stellen.

II. Das Zivilrecht der Wahlverteidigung

1. Öffentlich-rechtlicher Charakter des Mandatsvertrags?

Wer sich dem Recht der Pflichtverteidigung unter zivilrechtlichen Vorzeichen nähert, muß zunächst Klarheit über die Vorfrage gewonnen haben, ob das Recht der Wahlverteidigung privatautonomer Rechtsgestaltung zugänglich ist. Seit der Wiederentdeckung des Wortlauts von § 137 I 1 StPO durch die Vertragstheorie⁷, die in dem Verb »bedienen« den positiv-rechtlichen Anknüpfungspunkt für das Einfließen vertragsrechtlicher Überlegungen sieht, ist der *Dienstvertrag* für einen Teil der Literatur Ausgangspunkt für das Verteidiger-Beschuldigten-Verhältnis, sofern er wirksam zustandekommt⁸. Dieser Vertrag hat nach heute einhelliger Meinung⁹ in der Regel eine entgeltliche Geschäftsbesorgung i.S.d. § 675 BGB zum Inhalt. Ob er allerdings rein zivilrechtlichen, eingeschränkt zivilrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Charakter hat, ist in der Strafprozeßrechtswissenschaft umstritten. Die heute h.M.¹⁰ argumentiert, der Mandatsvertrag enthalte eine öffentlich-rechtliche Komponente. Dies sei Voraussetzung dafür, daß der Verteidiger effektiv in die von der Strafprozeßordnung zugewiesene, amtsähnliche Rechtsstellung eintreten könne. Dieser Gedanke ist eng mit der Vorstellung von der »Seriosität« des Strafverteidigers verbunden¹¹. Zivilrechtliche Vorschriften könnten auf den Mandatsvertrag daher nur bedingt angewendet werden. Insbesondere seien Weisungen des Mandanten für den Verteidiger nicht bindend¹².

Einen vermittelnden Standpunkt nimmt *Barton*¹³ ein. Er hält eine rigorose Zweiteilung in zivilrechtliche und öffentlich-rechtliche Komponenten des Mandatsvertrags für verfehlt. Über die Generalklauseln des Zivilrechts würde ohnehin öffentliches Recht in Gestalt der wertbildenden Normen des Grundgesetzes in den Vertrag Eingang finden. Dies kann nicht gänzlich überzeugen, denn die Freiheitsgrundrechte sind nicht als Hoheitsrechte des Staates gedacht, mit denen er Privatautonomie gleichsam usurpiert, sondern nach allgemeiner Ansicht vor allem als Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat¹⁴.

⁷ Grundlegend *Lüderssen*, in: FS-Dünnebieber (1982), 263 (270 ff.).

⁸ Dazu *Heeb*, Grenzen der anwaltlichen Strafverteidigung, Diss. Tübingen 1973, S. 125 ff.

⁹ *OLG Nürnberg*, StV 1997, 481 (482); *BGH*, NJW 1964, 2402 (2403); *Weiß*, NJW 1983, 89 (90); *E. Kaiser*, NJW 1982, 1367; *Beulke*, Verteidiger im Strafverfahren, Frankfurt 1980, S. 45.

¹⁰ *Eisenberg*, NJW 1991, 1257 (1258); *Schnarr*, NStZ 1986, 488 (489); *Vehling*, StV 1992, 86 (87) und ausführlich *Hanack*, Grundlagen und Inhalt der »öffentlich-rechtlichen Komponente« des Mandatsverhältnisses, unveröff. Referat vor dem Strafrechtausschuß der BRAK (September 1980), S. 31.

¹¹ *Hanack* (o. Fn. 10), S. 10.

¹² *BGHSt* 39, 310 (313); 38, 111 (114); 13, 337 (343); 12, 367 (369); *A. Müller*, JR 1996, 124 (127).

¹³ *Barton*, Mindeststandards der Strafverteidigung, Baden-Baden 1994, S. 288; *ders.*, StV 1990, 237 (238).

¹⁴ *BVerfGE* 7, 198 (205); 50, 290 (336); 68, 193 (205); *Grimm*, NVwZ 1985, 865 (870 f.).

Die von der heute herrschenden Ansicht herangezogene Kategorie der Verteidigerseriosität ist jedoch nicht operationalisierbar¹⁵. Ihre - sogar von engagierten Befürwortern offen eingestandene¹⁶ - Vagheit läßt die öffentlich-rechtliche Theorie im grundrechtssensiblen Bereich mithin als zu unbestimmt erscheinen, um die Berufsausübungsfreiheit wirksam beschränken zu können (Art. 12 I 2 GG). Die öffentlich-rechtliche Vertragstheorie ist zudem auch inhaltlich spätestens seit Inkrafttreten des § 1 III der Berufsordnung am 11. März 1997¹⁷ überholt. Hiernach ist es Aufgabe des Verteidigers, den *Mandanten* - nicht aber das *Verfahren* oder andere *Verfahrensbeteiligte* - vor verfassungswidriger Beeinträchtigung und staatlicher Machtüberschreitung zu bewahren. Der Gedanke, daß der Wahlverteidiger über den Mandatsvertrag öffentliche Interessen wahrnehmen muß, ist zuletzt auch mit Grundprinzipien der vertraglichen Position, dem er sein Auftreten verdankt, nicht zu vereinbaren. Bedenkt man nämlich die im Verwaltungsrecht seit einigen Jahren herrschende Auffassung¹⁸, die auch öffentlich-rechtliche Verträge zwischen Privatrechtssubjekten für denkbar hält, sofern nur der *Gesamtcharakter* des Vertrags öffentlich-rechtlich ist, zeigt sich, daß die Strafrechtswissenschaft durch die dortige Tendenz zur Ausweitung des Anwendungsbereiches der §§ 54 ff. VwVfG andernfalls in erhebliche Abgrenzungsprobleme zum Allgemeinen Verwaltungsrecht verwickelt wird. Die von der Verfassung im Rahmen von Gesetz und Recht gewährleistete Privatautonomie bildet aber eine wesentliche Grundlage unserer geltenden Rechtsordnung¹⁹. Das trifft mit dem autonomen Subjektstatus des Angeklagten im Strafverfahren zusammen, der in Art. 2 I i.V.m. 1 I GG verbürgt ist. Zum Kernbestand privatautonomer Rechtsgestaltung gehört auch der von der Zivilrechtsprechung zu recht hervorgehobene Gedanke, daß eine Bevormundung der Rechtssubjekte durch staatliche Ingerenz ausgeschlossen sein soll²⁰. Dies ist mit der öffentlich-rechtlichen Theorie offensichtlich unverträglich.

2. Die Unterscheidung zwischen Vertrags- und Vertretungstheorien

Akzeptiert man diesen Ausgangspunkt, ist das *Innenverhältnis* der Verteidigung somit allein über die §§ 675, 611 ff. BGB rechtlich normiert. Was daraus für das *Außenverhältnis*, also die Rechtsstellung und Vertretungsbefugnis des Verteidigers gegenüber den anderen Verfahrensbeteiligten folgt, ist, wie der Umkehrschluß aus § 168 S. 1 BGB belegt, ohne Belang. Beide Ebenen werden indes nicht immer klar getrennt. So meinen vor allem *Roxin*²¹ und *Paulus*²² in Auseinandersetzung mit der

¹⁵ So richtig *Barton* (o. Fn. 13), S. 288. A.A. aber Löwe/Rosenberg²⁴-Lüderssen, vor § 137 StPO, Rdnr. 86.

¹⁶ *Hanack* (o. Fn. 10), S. 32: Die öffentlich-rechtliche Komponente stelle sich im geltenden Recht als „bemerkenswert verworren“ dar.

¹⁷ Ebenso schon *BVerfG*, NStZ 1997, 35 m. abl. Anm. *Foth*.

¹⁸ *BVerwG*, NJW 1992, 2908; *Lange*, NVwZ 1983, 313 (321); *Kopp*⁶, § 54 VwVfG, Rdnr. 10 m.w.N.

¹⁹ *BGHZ* 100, 234 (240); 125, 206 (209).

²⁰ *BGHZ* 39, 269 (273); 50, 100 (112); 52, 325 (328); 60, 275 (284).

²¹ *Roxin*, StrafverfahrensR (1995²⁴) § 19, Rdnr. 4.

Vertragstheorie, Vertretungskonzepte von Strafverteidigung seien mit dem Gesetz nicht zu vereinbaren, weil die Strafprozeßordnung echte Stellvertretung nur in Ausnahmefällen zulasse. Zudem sei das Strafverfahren kein Parteiverfahren.

Beides ist zugestanden. Jedoch ist die Vertragstheorie kein *Vertretungs*-Konzept, sondern eben ein *Vertrags*-Konzept. Der von der heute h.M.²³ zu recht aufgestellte Satz, daß der Verteidiger Beistand und nicht Vertreter des Mandanten ist, bleibt also von den Grundannahmen der Vertragslehre unberührt. Soweit dem Verteidiger aber unter Berufung auf die Beistandsfunktion Sonderpflichten abgefordert werden, wird die Frage nach dem rechtlichen *Dürfen* im Innenverhältnis mit der Frage nach dem rechtlichen *Können* im Außenverhältnis vermengt. Eine Überbetonung der wirksamen Vertretungsmacht des Verteidigers (zumindest auch²⁴) aufgrund seiner Organstellung²⁵, des von ihm ausgeübten »staatlich gebundenen Vertrauensberufs«²⁶, seiner Teilhaberschaft an (einem Kernbereich²⁷) funktionstüchtiger Strafrechtspflege²⁸ oder einer allgemeinen Prozeßobstruktionsverhinderungspflicht²⁹ verlangt vom Verteidiger nicht selten, unter Verletzung seiner zivilrechtlichen Bindung im Innenverhältnis im Außenverhältnis als *falsus procurator* zu agieren. Zivilrechtlich gesehen ergeben sich hieraus für die Wirksamkeit solcher Bewirkungshandlungen schon deshalb keine Folgeprobleme, weil die Gerichte mit diesem Vertreter ohne Vertretungsmacht ganz offensichtlich einverstanden ist (§ 180 S. 2 BGB). Dies zeigt aber auch, daß sich der Verteidiger permanent in einer den §§ 675, 662 ff., 611 ff. BGB fremden Pflichtenkollision zwischen Zivilrecht und öffentlich-rechtlich überformtem Vertretungsrecht befindet, solange man nicht auch in der Rechtsprechung bereit ist, Innen- und Außenrecht der Verteidigung klar voneinander zu scheiden.

III. Das Zivilrecht der Pflichtverteidigung

1. Indienstnahme Privater in Nähe zum Verwaltungsakt?

Wie herausgearbeitet wurde, gilt der Grundsatz der Privatautonomie für das Recht der Wahlverteidigung uneingeschränkt. Es liegt der Einwurf nahe, daß dies für die Pflichtverteidigung nicht der Fall sein könne. So sehen

²² Paulus, NStZ 1992, 305 (307).

²³ BGHSt 38, 111 (114); 9, 356 (357); BGH, NStZ 1995, 393; R. Hamm, NJW 1996, 2185 (2187); Heeb (o. Fn. 8), S. 39. A.A. Spendel, JZ 1956, 737 (740). Gegen die Vertretertheorien aber zu recht Löwe/Rosenberg²⁴-Lüderssen, vor § 137 StPO, Rdnr. 90.

²⁴ So die Theorie vom Vorrang der Beistandsfunktion, vgl. LK¹¹-Ruß, § 258 StGB, Rdnr. 19; Roxin (o. Fn. 21), § 19, Rdnr. 5; Krekeler, NStZ 1989, 146 (153).

²⁵ BVerfGE 34, 293 (300 f.); 41, 231 (242); BGHSt 39, 310 (316); 38, 345 (347); 37, 395 (396); AnwGH BaWü, NJW 1997, 1315 (1316).

²⁶ BVerfGE 38, 105 (119); Tröndle⁴⁸, § 258 StGB, Rdnr. 7.

²⁷ Beulke (o. Fn. 9), S. 95 ff.; OLG Frankfurt, NStZ 1981, 144 (145).

²⁸ Malmendier, NJW 1997, 227 (232); Pfeiffer/Fischer, vor § 137 StPO, Rdnr. 1; KK³-Laufhütte, vor § 137 StPO, Rdnr. 4.

²⁹ Vgl. BGHSt 38, 111 (115); Niemöller, StV 1996, 501 (506); Maatz, NStZ 1992, 513 (517). Zu recht abl. Scheffler, GA 1996, 44 (45); R. Hamm, NJW 1993, 289 (296 f.).

wiederum *Roxin*³⁰ und auch *Rainer Hamm*³¹ hierin einen der Haupteinwände gegen die Vertragstheorie. Tatsächlich steht die heute ganz vorherrschende Ansicht in der Literatur³² auf dem Standpunkt, weder die Begründung noch die Beendigung der Beziehungen zwischen Beschuldigtem und Pflichtverteidiger folgten den Regeln der Privatautonomie. Bestellung und Abberufung eines Pflichtverteidigers gleichen nach Inhalt und Qualität vielmehr einem begünstigenden Verwaltungsakt (§ 35 VwVfG) und seinem Widerruf (§§ 49 f. VwVfG). Dementsprechend hat das *BVerfG*³³ auf den Widerruf der Pflichtverteidigerbestellung den Gedanken der Regelung über die Aufhebung des begünstigenden Verwaltungsaktes angewendet. Wie schwerwiegend die Konsequenzen dieses Ansatzes für den Mandatsvertrag sind, zeigt die ständige Spruchpraxis³⁴, nach der ein Pflichtverteidiger *kraft Bestellung* seine Rechte unabhängig von den Weisungen des Beschuldigten auszuüben und diesen im Einzelfall auch gegen seinen Willen zu verteidigen habe. Der Verteidiger werde durch die Bestellung verpflichtet, bei der ordnungsgemäßen Durchführung des Strafverfahrens durch »sachgerechte« Verteidigung des Beschuldigten mitzuwirken. Dadurch kann eine innere Vorzensur vor der Ausführung von Prozeßhandlungen entstehen, eine „Schere im Kopf“³⁵ des Pflichtverteidigers. Genau dies engt seinen Bewegungsspielraum gegenüber dem Wahlverteidiger ein, ohne daß es hierfür einen sachlichen, vernünftigen oder sonstwie einleuchtenden Grund gibt.

2. Zur Kritik der h.M.

a) Diese Konstruktion ist aber spätestens seit Inkrafttreten des Verwaltungsverfahrensgesetzes mit dessen grundlegenden Rechtsgedanken unvereinbar. Sie scheidet schon daran, daß der Vorsitzende (§ 141 IV StPO) im Bereich der Pflichtverteidigerbestellung keine Verwaltungstätigkeit wahrnimmt und damit schon keine (Landes-) Behörde i.S.d. der entsprechenden landesrechtlichen Bestimmungen der Verwaltungsverfahrensgesetze³⁶ ist. Behörde ist danach jede Stelle, die materiell Verwaltungstätigkeit wahrnimmt. Verwaltungstätigkeit ist jede Tätigkeit, die nicht

³⁰ *Roxin* (o. Fn. 21).

³¹ *R. Hamm*, Strafrechtswissenschaft und Strafverteidigung, unveröff. Vortrag auf dem Symposium zum 60. Geburtstag von Klaus Lüderssen (1992), S. 13 ff.

³² *Weigend*, NStZ 1997, 47 (48); *Hilgendorf*, NStZ 1996, 1; *Ehrlicher*, NStZ 1995, 357; *E. Kaiser*, NJW 1982, 1367 (1369); *Haffke*, StV 1981, 471 (472); *Heeb* (o. Fn. 8), S. 179.

³³ *BVerfG* (o. Fn. 3). Das *BVerfG* hat eine solche Indienstnahme Privater auch in anderen Lebensbereichen angenommen, so für Verkehrsunternehmen bei der Beförderung Schwerbehinderter (NJW 1985, 963), die Heranziehung der Arbeitgeber zum Lohnsteuerabzug (NJW 1988, 45 [46]) oder die Tätigkeit von Sachverständigen im gerichtlichen Verfahren (NJW 1992, 1951)

³⁴ *OLG Frankfurt*, NStZ-RR 1997, 77; *LG Mainz*, StraFo 1996, 175; *OLG Nürnberg*, StV 1995, 287 (288); *OLG Köln*, StV 1992, 8 (9); *KG*, JR 1987, 524 (525); JR 1978, 346 (347); *BGH*, NJW 1983, 1047 (1048).

³⁵ *Barton*, StV 1995, 290 (292).

³⁶ Kraft ausdrücklicher Anordnung z.B. in § 1 II HVwVfG, § 1 I 1 LVwVfG Rhl.-Pf. oder kraft Verweisung wie z.B. in § 1 I VwVfG Bln i.V.m. § 1 IV BVwVfG.

Rechtsprechung oder Gesetzgebung ist (funktioneller Behördenbegriff³⁷). Richterliche Akte der Rechtsprechung unterliegen daher nicht dem Verwaltungsverfahrensgesetz. Bei der Pflichtverteidigerbestellung geht es aber um Rechtsprechung i.S.d. Art. 97 I GG³⁸. Damit scheitert aber von vornherein die Anwendung der Vorschriften über den Verwaltungsakt und seine Aufhebung. Selbst wenn man die Regelungen der §§ 49 f. VwVfG auf den Widerruf der Pflichtverteidigerbestellung nur analog anwenden wollte, würde dies zu unzutreffenden Ergebnissen führen.

BVerfGE 39, 238 vom April 1975 statuiert nur, daß ein wichtiger Grund vorliegen müsse, um den Pflichtverteidiger abuberufen³⁹. Das Verwaltungsverfahrensgesetz ist zwar erst am 1. Januar 1977 in Kraft getreten (§ 103 I VwVfG). Der Vergleich mit den Regelungen über den Widerruf begünstigender Verwaltungsakte in §§ 49, 49a VwVfG belegt aber aus heutiger Sicht, daß die Anforderungen der Rechtsprechung des *BVerfG* zu gering sind. Da die Pflichtverteidigerbestellung regelmäßig einem begünstigenden, rechtmäßigen Verwaltungsakt entspricht, wäre § 49 II VwVfG anzuwenden. Nach § 49 II Nr. 1 VwVfG bedarf es hierzu einer ausdrücklichen Ermächtigungsgrundlage, welche die Strafprozeßordnung im fragmentarischen § 143 StPO nicht bereithält. Damit käme eine Anwendung des § 49 II Nr. 3 VwVfG in Betracht, der über den Begriff des *öffentlichen* Interesses konkrete Gefahren für wichtige Gemeinschaftsgüter fordert. Die Gefährdung von *Individualinteressen* (hier: des Beschuldigten) genügt aber gerade nicht⁴⁰.

Damit bliebe nur noch die Anwendung des Rechtsgedankens der Generalklausel des § 49 II Nr. 5 VwVfG. Wegen ihrer eng auszulegenden Voraussetzungen genügt hier aber - was das *BVerfG* in seiner Entscheidung noch nicht berücksichtigen konnte - nach der bewußten Entscheidung des Gesetzgebers gerade nicht *irgendein* wichtiger Grund. Für ihre Anwendung muß vielmehr die Intensität eines unvorhersehbaren Notstandes oder eines Katastrophenfalles erreicht werden⁴¹. Eine vergleichbare Interessenlage im Strafverfahren kann nur gegeben sein, wenn der Nichtwiderruf der Pflichtverteidigerbestellung sich unter jeder denkbaren Betrachtungsweise als schlechthin unerträglich erweisen würde. Die Lösung⁴², für die Abberufung gem. § 143 StPO ausnahmslos das Vorliegen der strengen Voraussetzungen der §§ 138a ff. StPO zu fordern, ist also gerade dann, wenn man den Aspekt der Einheit der Rechtsordnung betont, zutreffend. Der

³⁷ *Stelkens/Bonk/Sachs*⁴, § 1 VwVfG, Rdnr. 84; *Kopp*⁶, § 1 VwVfG, Rdnr. 36.

³⁸ Sie kann nach zutreffender und vorherrschender Ansicht vom Beschuldigten grundsätzlich mit der Beschwerde (§ 304 StPO) angegriffen werden, so die OLG *Frankfurt*, StV 1997, 565; *Stuttgart*, NStZ-RR 1996, 207; *Düsseldorf*, NStZ 1994, 599 (600); *Köln*, NStZ 1991, 248 (249) und *Hamm*, NStZ 1990, 143. Auch die auf § 305 StPO gestützte Gegenauffassung einiger OLG für die Bestellung in der Hauptverhandlung leugnet dies nicht, vgl. OLG *Koblenz*, NStZ-RR 1996, 206 (207); *Celle*, NStZ 1988, 39; *Zweibrücken*, NStZ 1987, 477 und *Hamburg*, NStZ 1985, 88.

³⁹ Dem folgt die h.M. kritiklos: *BGH*, NStZ 1990, 289 (290); OLG *Frankfurt*, NStZ-RR 1996, 236; *Malmendier*, NJW 1997, 227 (231); *Hilgendorf*, NStZ 1996, 1; *Kleinknecht/Meyer-Göfner*⁴³, § 143 StPO, Rdnr. 3.

⁴⁰ Vgl. *BVerwG*, NVwZ 1992, 565 f.; *OVG Lüneburg*, NJW 1982, 1246 (1248); *OVG Mannheim*, NVwZ-RR 1989, 540 (541).

⁴¹ *Kopp*⁶, § 49 VwVfG, Rdnr. 47.

⁴² *Weigend*, NStZ 1997, 47 (48); Löwe/Rosenberg²⁴-Lüderssen, § 143 StPO, Rdnr. 7; *Verf.* (o. Fn. 5), S. 232.

Mandatsvertrag wird wegen des Verstoßes gegen § 138a ff. StPO gem. § 134 BGB unwirksam. Die Abberufung gem. § 143 StPO stellt sich insoweit als notwendige, wenn auch nur deklaratorische Folge des Wegfalls der konstitutiven Voraussetzungen eines wirksamen Vertragsverhältnisses dar.

b) Daneben wird von der herrschenden Auffassung vorgebracht, daß bei der Pflichtverteidigerbestellung keine Vertragsbeziehungen zwischen dem Beschuldigten und dem Pflichtverteidiger entstünden⁴³. Es entstehe nur ein gesetzliches Schuldverhältnis. Dieses könne man mit der Vormundshaftung des § 1833 BGB vergleichen⁴⁴. Auch dies ist nicht stichhaltig. Zunächst ist schon die Gleichstellung der Pflichtverteidigung mit der Vormundschaft wertungsmäßig unzutreffend. Das Hauptprinzip der Vormundschaft ist gem. § 1793 I BGB die Wahrung des wohlverstandenen Mündelinteresses. Die Rechtsstellung, welche die Vormundschaft vermittelt, entspricht gerade derjenigen, welche die Eltern aufgrund der elterlichen Gewalt gemäß § 1626 BGB gegenüber ihrem minderjährigen Kind haben⁴⁵. Dieses Verständnis der Pflichtverteidigung als »wohlverstandene« (und oftmals sicher auch wohlmeinende) Bevormundung des unmündigen Mandanten durch den Pflichtverteidiger stimmt allerdings mit dem Gesetz nicht überein. § 665 BGB ordnet im Einklang mit dem verfassungsrechtlich garantierten Subjektstatus des Beschuldigten aus Art. 103 I, 2 I i.V.m. 1 I GG und seiner einfachrechtlichen Ausprägung in § 142 I 3 StPO das Gegenteil an. Dementsprechend gibt auch Art. 6 III lit. c EMRK dem Angeklagten eine einfachrechtliche Rechtsposition, die ausdrücklich nicht zu seiner „Entmündigung“⁴⁶ durch den Verteidiger führen darf. Zuletzt würden dem Beschuldigten keinerlei Ansprüche auf Schadensersatz wegen positiver Vertragsverletzung erwachsen. Daher müßten die Grundsätze des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte angewendet werden⁴⁷. Dieser Unterschied zur Wahlverteidigung bei der mittlerweile auch in der Rechtsprechung immer bedeutsameren Haftungsfrage ist kaum zu rechtfertigen. Vielmehr würde dies zumindest auf der Sekundärebene zu dem Eingeständnis zwingen, daß das, was (für zahlungsunfähige Beschuldigte) nichts kostet, auch nichts wert ist.

3. Eigener Ansatz: Begründung der Pflichtverteidigung über das Recht der Stellvertretung

Für die Frage, welche zivilrechtlichen Regeln daher auf die Pflichtverteidigerbestellung anzuwenden sind, existiert bisher nur der Vorschlag *Lüderssens*⁴⁸, der für den »akzeptierten« Pflichtverteidiger

⁴³ *Schnarr*, NStZ 1996, 214 (215); AKStPO-*Stern*, Bd. II/1 (1992), vor § 137 StPO, Rdnr. 51.

⁴⁴ *Barton* (o. Fn. 13), S. 267; *Borgmann/Haug*, *Anwaltshaftung* (1995³), § 12 Rdnr. 43.

⁴⁵ *BGHZ* 48, 147 (157 f.).

⁴⁶ IntKommEMRK³-*Vogler*, Art. 6 EMRK, Rdnr. 507.

⁴⁷ Dazu *Palandt*⁵⁷-*Heinrichs*, § 328 BGB, Rdnrn. 19 ff.

⁴⁸ *Löwe/Rosenberg*²⁴-*Lüderssen*, vor § 137 StPO, Rdnr. 61; *ders.*, in: FS-Dünnebier (o. Fn. 7), S. 267. Für die Anwendung von Vertragsrecht bleibt aber unklar, von wem die für den Vertragsschluß notwendigen Willenserklärungen

Vertragsrecht und für den aufgezwungenen Verteidiger die Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB) anwenden will. Nach der hier vertretenen Auffassung gelten aber auch für den Geschäftsbesorgerungsvertrag bei der Pflichtverteidigerbestellung stets die allgemeinen Regeln über Angebot und Annahme von Willenserklärungen, §§ 145 ff., 164 ff. BGB.

a) Am unproblematischsten im Rechtsdreieck Beschuldigter/Vorsitzender/Verteidiger ist die Annahme des Vertragsangebots durch den Officialverteidiger. Nach dem Prinzip der Abstraktheit der Vertretungsmacht kommt es dabei auf eine »Strafprozeßvollmacht« nicht an. Auch eine ausdrückliche Erklärung gegenüber dem Vorsitzenden oder dem Beschuldigten ist entbehrlich. Vielmehr ist gem. §§ 133, 157 BGB die Annahme des Vertragsangebots durch den Verteidiger spätestens dann zu vermuten, wenn er faktisch tätig wird (z.B. durch Einreichung einer Schutzschrift, Terminswahrnehmung, Einholung von behördlichen Auskünften usw.)⁴⁹. Auch an einer ausdrücklichen Willenserklärung des Mandanten wird es oft fehlen. Dies ist ebenfalls unschädlich. Spätestens im Verstreichenlassen der Frist des § 142 I 2 StPO kann nach der Verkehrssitte im Strafverfahren in der Regel eine Willenserklärung durch »beredtes Schweigen« gesehen werden. Dieses Schweigen hat Erklärungswirkung, wenn der Schweigende verpflichtet ist, seinen gegenteiligen Willen zum Ausdruck zu bringen⁵⁰. So liegt es aber im Fall des § 142 I 2 StPO, der gerade dem Schutz der Individualinteressen des Beschuldigten dient. Ausnahmsweise ist dies erst der Zeitpunkt die Hinnahme der Beschwerdeentscheidung in den Fällen des § 142 I 3 StPO⁵¹.

b) Es geht also nun ganz zentral um die Frage, wie im Verhältnis zwischen dem Pflichtverteidiger und dem Beschuldigten durch »Hilfe« des Vorsitzenden rein zivilrechtliche Vertragsbeziehungen entstehen können. Dafür gibt es nach der gesetzlichen Konzeption des § 142 I StPO zwei Varianten:

aa) § 142 I 1 StPO. Die erste Konstellation kann sein, daß sich der Bestellungsakt ohne Mitwirkung des Beschuldigten vollzieht (§ 142 I 1 StPO).

abgegeben werden. Nach *Lüderssen* würden die Vertragsverhandlungen vom Vorsitzenden (nur) hoheitlich eingeleitet werden. Problematisch hieran ist, daß eine solche Aufforderung des Richters an den Verteidiger auch immer noch subordinationsrechtlichen Charakter hätte. Damit würden aber m.E. die weiter oben dargelegten Probleme bestehenbleiben, weil der Verteidiger sein Auftreten konkretisierter fürsorglicher Hoheitsgewalt verdankt.

⁴⁹ Dies ist unstreitig, vgl. *Schnarr*, NSTZ 1986, 488 (489); *Weiß*, NJW 1983, 89 (90). Ab diesem Zeitpunkt kann auch der Pflichtverteidiger einen angemessenen Vorschub verlangen, vgl. *OLG Hamburg*, StV 1988, 73.

⁵⁰ *BGHZ* 1, 353 (355 f.); 25, 311 (316); 128, 41 (49).

⁵¹ S.o. Fn. 38. Auf die - ohnehin umstrittene (vgl. *BGH*, NSTZ 1987, 217; *Kleinknecht/Meyer-Gößner*⁴³, § 142 StPO, Rdnr. 20) - Revisionsmöglichkeit kann es nicht ankommen. Durch die Einlegung *dieses* Rechtsmittels macht der Angeklagte gerade deutlich (§§ 133, 157 BGB), daß er an einen Verfahrensfehler, der in der *Übergehung* seines Willens liegt, anknüpft.

Dies kann bei besonders dringlichen Pflichtverteidigerbestellungen vorkommen, aber auch in Fällen, in denen von vornherein erkennbar ist, daß der Beschuldigte keinen Vorschlag machen wird. Erst nach der Bestellung wird der Beschuldigte dann mit dem Pflichtverteidiger konfrontiert. Unproblematisch ist die Frage nach der Annahme eines Vertragsangebots durch den Pflichtverteidiger. Wenn er nicht in den engen Grenzen der §§ 49 II i.V.m. 48 II BRAO ablehnt, ist nach dem oben⁵² Gesagten von der Annahme auszugehen, wenn er tätig wird. Darauf, daß der Beschuldigte selbst kein Vertragsangebot abgibt, kommt es nicht an. Die dahin führende Konstruktion ist die einer Stellvertretung des Vorsitzenden für den Beschuldigten. Stellvertretung ist auch im Strafverfahren grundsätzlich möglich⁵³. In der richterlichen Bestellung des Pflichtverteidigers müßte daher eine eigene Willenserklärung in fremdem Namen mit entsprechender Vertretungsmacht zu sehen sein, § 164 I BGB. Die Bestellung zum Pflichtverteidiger kann als Angebot zum Abschluß eines Vertrags Willenserklärung i.S.d. § 164 I 1 BGB sein. Die dafür erforderliche Vertretungsmacht kann unzweifelhaft auch auf dem Gesetz beruhen. § 142 I 1 StPO weist dem Vorsitzenden diese Rechtsmacht zu. Der Vorsitzende handelt auch mit Vertretungswillen, denn er will gerade den Gesetzesbefehl des § 140 StPO umsetzen⁵⁴. Problematisch ist zuletzt nur noch die Annahme »echter« Stellvertretung wegen des Offenkundigkeitsgrundsatzes. Kein Vertreter ist für den Rechtsverkehr, wer lediglich den Abschluß von Rechtsgeschäften vermittelt. Damit könnte der Vorsitzende in den Fällen des § 142 I 1 StPO nur als Abschlußvermittler analog § 652 I 1 BGB oder §§ 84 ff. HGB angesehen werden⁵⁵. Allerdings ist diese Konstruktion nicht überzeugend, weil sich die Tätigkeit des Vorsitzenden nach außen erkennbar nicht darin erschöpft, den Abschluß in einem *formalen* Akt zu vermitteln. Seine Tätigkeit ist vielmehr eine *inhaltlich-materielle*, wie der revisionsrechtlich nur eingeschränkt überprüfbare Ermessensspielraum und ebenso schwierige wie Streitige Fragen *seines* Auswahlrechts bei § 142 I 1 StPO sehr deutlich zeigen⁵⁶. Zudem ist der Vorsitzende auch deshalb kein Abschlußvermittler, weil jener nach dem *BGH*⁵⁷ „Vertrauensmann“ beider Parteien sein muß. Dies kennzeichnet die verfahrensrechtliche Stellung des Vorsitzenden im Strafverfahren nicht zutreffend.

Mit der hier vorgeschlagenen rein zivilrechtlichen Lösung der Pflichtverteidigerbestellung kann auch die Stellung eines Verteidigers zwanglos erklärt werden, der gegen den Willen des Angeklagten als sog. Zwangsverteidiger verpflichtet wird. Zivilrechtlich kommt gar kein Geschäftsbesorgungsvertrag zustande, weil es an einer

⁵² S. o. III 3 a.

⁵³ Wenn die Strafprozeßordnung keine allgemeinen Vorschriften über die Vertretung enthält, so ist daraus nicht zu schließen, daß ihr der Begriff der Stellvertretung bei verfahrensrechtlich erheblichen Handlungen fremd ist (so schon *RGSt* 66, 209 [211]).

⁵⁴ Nach *BGHZ* 36, 30 (33) kann auf diese Voraussetzung wegen des Verkehrsschutzes ohnehin verzichtet werden (*arg. e* § 164 II BGB).

⁵⁵ So offenbar Löwe/Rosenberg²⁴-Lüderssen, vor § 137 StPO, Rdnr. 62.

⁵⁶ Vgl. *BGH*, StV 1997, 564 f.; *Schlothauer*, StV 1981, 443 (444 f.); *Hilgendorf*, NStZ 1996, 1 (3); *OLG Köln*, NStZ 1982, 129.

⁵⁷ *BGHZ* 41, 17 (20).

Annahmeerklärung des vom Vorsitzenden übermittelten Angebots mangelt. In der Regel wird gerade das Gegenteil manifestiert⁵⁸.

bb) § 142 I 2 StPO. Die zweite denkbare Konstellation ist, daß der Beschuldigte einen Verteidiger benennt (§ 142 I 2 StPO). Auch hier gibt der Richter eine eigene Willenserklärung ab, denn er muß immer noch selbst überprüfen, ob der Bestellung des bezeichneten Verteidigers wichtige Gründe i.S.d. § 142 I 3 StPO entgegenstehen. Somit bleibt der Vorsitzende Stellvertreter des Beschuldigten, wenn auch mit »gebundener Marschroute«. Dies steht dem Begriff der Stellvertretung freilich nicht entgegen⁵⁹. In dieser Konstellation scheidet allerdings eine gesetzliche Vertretungsmacht des Vorsitzenden aus, denn der Beschuldigte betätigt ja gerade sein *eigenes* Auswahlrecht. Die (namentliche) Bezeichnung des Verteidigers gegenüber dem Richter ist aber als Erteilung rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht (Vollmacht, § 166 II BGB) anzusehen, ein Vertragsangebot gegenüber dem Verteidiger abgeben zu dürfen. Die Bestellung des Verteidigers durch den Vorsitzenden nach § 142 I 3 StPO stellt dann gleichzeitig die Abgabe des Angebots zum Abschluß des Geschäftsbesorgungsvertrags an den ausgewählten Verteidiger dar. Problematisch könnte nun noch sein, daß es in vielen Fällen an einer ausdrücklichen Annahme dieses Angebots auf seiten des Beschuldigten fehlen wird. Vielmehr werden in manchen Fällen, insbesondere wenn von vornherein eindeutig ist, daß der Mandant selbst nicht leistungsfähig ist, Pflichtverteidiger und Mandant zusammenarbeiten, ohne in weitere Vertragsverhandlungen einzutreten, weil die Kostenlast ohnehin beim Staat verbleibt. Auch dies ist unschädlich, denn durch die Erteilung der Vollmacht an den Richter hat der Beschuldigte auf den Zugang der Annahmeerklärung konkludent verzichtet (§ 151 S. 1 BGB).

c) Ein letzter Einwand gegen die hier vorgeschlagene Lösung könnte sich daraus ergeben, daß der Verteidiger gegen den Mandanten in beiden Konstellationen gem. § 612 BGB einen Honoraranspruch erwirbt. Dies steht auf den ersten Blick im Widerspruch zu § 97 I 1 BRAGO, der einen Anspruch des Pflichtverteidigers gegen einen anderen Schuldner, nämlich die Staatskasse, normiert. Diese Bedenken vermögen jedoch nicht durchzudringen. Nach § 100 I 1 BRAGO hat nämlich der bestellte Verteidiger trotz § 97 I BRAGO grundsätzlich einen Anspruch auf Zahlung der Wahlverteidigergebühren in voller Höhe gegen den Beschuldigten. Der Beschuldigte ist dem Gebührenanspruch des Verteidigers aus § 100 I 1 BRAGO selbst dann ausgesetzt, wenn er die Bestellung des Pflichtverteidigers abgelehnt hat⁶⁰. Durch § 100 BRAGO wird der bestellte Verteidiger damit in den dort angeführten Grenzen gebührenrechtlich einem

⁵⁸ *Schueler*, AnwBl. 1978, 218 (219) beschreibt dies am Beispiel des *Mahler-Meinhof*-Verfahrens und des *Drenkmann*-Verfahrens. Die grotesken Vorgänge zwischen den sog. Zwangsverteidigern und den Mandanten, bei denen die Anwälte vom Angekl. *Mahler* geohrfeigt oder vom Angekl. *Teufel* verprügelt wurden, hindern auch zivilrechtlich jeden Auslegungsspielraum.

⁵⁹ Statt vieler *BGHZ* 29, 137 (144 f.).

⁶⁰ *BGH*, NJW 1983, 1047 (1048). Krit. *Neumann*, NJW 1991, 264 (268).

von Anfang an gewählten Verteidiger gleichgestellt⁶¹. Hieraus kann also sogar im Gegenteil ein weiteres Argument *für* die gebühren- und vertragsrechtliche Gleichbehandlung von Wahl- und Pflichtverteidigung gewonnen werden. Allein dieses Verständnis der Pflichtverteidigung entspricht damit auch dem Prinzip des *fair trial*, denn durch die Einführung des (bedingten) Anspruchs aus § 142 I 3 StPO mit dem StVÄG 1987 sollte dem Interesse des pflichtverteidigten Mandanten an dem Verteidiger seines Vertrauens stärkere Geltung verschafft werden⁶². Diesem rechtsstaatlichen Interesse kann gerade durch die hier vorgestellte zivilrechtliche Fundierung der Pflichtverteidigung Rechnung getragen werden.

⁶¹ So auch *LG Offenburg*, NStZ 1995, 243.

⁶² *BGH*, NJW 1997, 3385 f.; *Barton*, StV 1997, 576 (577); *Hilgendorf*, NStZ 1996, 1 (3).