

# Vertretungsbefugnis eines Konzipienten mit kleiner LU im gerichtlichen Strafverfahren

Von RAA Mag. Stefan Obernberger, Wien. Der Autor ist Rechtsanwaltsanwärter bei RA Mag. Peter Melicharek.

Die Vorführung des Angeklagten aus der U-Haft in die Hauptverhandlung allein reicht noch nicht, um die Vertretungsbefugnis von Rechtsanwaltsanwärtlern mit „kleiner LU“ auszuschließen.



2013, 19

§ 15 RAO;  
§ 42 RL-BA;  
§ 61 StPO

## I. Notwendige Verteidigung erfordert Substitutionsberechtigung

Gemäß § 15 Abs 3 RAO kann sich ein Rechtsanwalt vor allen Gerichten und Behörden durch einen bei ihm in Verwendung stehenden Rechtsanwaltsanwärter unter seiner Verantwortung vertreten lassen, wenn die Beziehung eines Rechtsanwalts gesetzlich nicht vorgeschrieben ist (RAA mit sog. „kleiner Legitimationsurkunde“). Eine gesetzliche Anwaltspflicht verhindert somit das Einschreiten eines RAA mit kleiner LU, RAA mit „großer LU“<sup>1)</sup> sind hingegen auch in solchen Fällen substitutionsberechtigt. Im gerichtlichen Strafverfahren ist die Anwaltspflicht iS einer notwendigen Verteidigung in § 61 StPO geregelt. In den hierbei aufgezählten Fällen darf ein RAA mit kleiner LU nicht vertreten und kann seinen Ausbildungsanwalt daher nicht entlasten, widrigenfalls wäre der Angeklagte dem Risiko einer Neuverhandlung wegen des Vorliegens eines Nichtigkeitsgrundes ausgesetzt.<sup>2)</sup> Jeder Standesangehörige sollte insb aus disziplinarrechtlichen Gründen hierüber Bescheid wissen.

Ein RA darf einen RAA jedenfalls schon aus standesrechtlichen Gründen zu keiner Verhandlung im Anwaltsprozess schicken. Dies würde einen Verstoß gegen § 42 RL-BA 1977 darstellen und der RA würde die Disziplinarvergehen sowohl der Berufspflichtenverletzung als auch der Beeinträchtigung von Ehre und Ansehen des Standes verwirklichen.<sup>3)</sup> Ausgesprochen wurde Ähnliches in einem Fall, in welchem ein als Verfahrenshelfer bestellter RA erst gar nicht bei Gericht erschien, die Verhandlung unbesucht ließ und seinem „Verfahrensbeholdenen“ mitteilte, er solle allein zu Gericht gehen und auch gleich die Kostennote des RA dem Gericht vorlegen. Die OBDK entschied hierzu (mE in vollkommen nachvollziehbarer Weise), dass dieser RA seine Pflicht grübelnd vernachlässigt hat.<sup>4)</sup>

Die Aufzählung der Fälle notwendiger Verteidigung im Strafverfahren sind in § 61 Abs 1 Z 1 bis 7 StPO abschließend angeführt.<sup>5)</sup> Grundsätzlich besteht in der Hauptverhandlung (HV) vor dem Geschworenen- oder dem Schöffengericht eines Gerichtshofs Anwaltszwang, sodass ein RAA mit kleiner LU nicht einschreiten darf; dies ist ihm nur vor dem Einzelrichter gestattet. Dem

Angeklagten darf auch keine drei Jahre übersteigende Freiheitsstrafe angedroht sein.<sup>6)</sup> Weiters unstrittig sind die Fälle, dass ein RAA jedenfalls kein Rechtsmittelverfahren aufgrund einer Nichtigkeitsbeschwerde und keine Berufungsverhandlung gegen ein Urteil eines Geschworenen- oder Schöffengerichts verrichten darf. Ebenso ist ihm die Ausführung eines Antrags an den OGH auf Erneuerung des Strafverfahrens gem §§ 363 a ff StPO nicht erlaubt, genauso wenig wie das Verfahren zur Unterbringung in einer Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher nach § 21 StGB sowie die HV zur Unterbringung in anderen Anstalten gem §§ 22, 23 StGB (Anstalt für entwöhnungsbedürftige Rechtsbrecher und Anstalt für gefährliche Rückfallstäter).

Bei Strafverfahren gegen Jugendliche besteht weitestgehend Verteidigerzwang, wodurch diesen ein besonderer Schutz zukommen soll. Die Voraussetzungen für die notwendige Verteidigung in Bezug auf Jugendliche sind jedenfalls dann gegeben, wenn es sich um ein Verfahren vor dem Landesgericht handelt, sowie in bezirksgerichtlichen Verfahren, wenn dies im Interesse der Rechtspflege, vor allem zur Wahrung der Rechte des Jugendlichen, notwendig oder zweckmäßig ist. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn kein gesetzlicher Vertreter dem Jugendlichen im Strafverfahren beistehen kann oder der gesetzliche Vertreter den Beweisaufnahmen und Verhandlungen fern bleibt.<sup>7)</sup> In den Tamsweger Thesen der österreichischen Jugendrichterinnen und Jugendrichter aus dem Jahr 2005<sup>8)</sup> wurde die For-

1) Erfolgreich abgelegte Rechtsanwaltsprüfung oder Ansuchen gem § 15 Abs 2 Satz 2 RAO.

2) § 281 Abs 1 Z 1 a und § 345 Abs 1 Z 2 StPO.

3) Bkd 106/84 AnwBl 1986/2311.

4) OBDK 26. 6. 1989, Bkd 88/87 AnwBl 1990, 706; Feil/Wennig, Anwaltsrecht<sup>5</sup> 1175.

5) Achammer in Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung – StPO, 177. Lfg § 61 StPO Rz 2 spezielle Regelungen existieren noch in Jugendstrafsachen (§ 39 JGG), Auslieferungsverhandlungen (§ 31 ARHG) sowie bei der Grundrechtsbeschwerde (§ 3 Abs 2 GRBG).

6) Ausgenommen sind jedoch Fälle des § 129 Z 1 bis 3 StGB (Einbruchsdiebstahl) und § 164 Abs 4 StGB (schwere Hehlerei). Hier besteht keine notwendige Verteidigung; vgl hierzu § 61 Abs 1 Z 5 StPO.

7) Vgl § 39 JGG.

8) Siehe dazu Schroll, Einführung zu den Tamsweger Thesen, in BMJ (Hrsg), „Jugendliche im Gefängnis?“ – Modelle im Umgang mit straffälligen Jugendlichen (2009) 41 ff.

derung laut, auch einen Verteidigerzwang bei unbegleiteten jugendlichen Ausländern in jeder Lage des Verfahrens vorzusehen. Man könnte sich daher die Frage stellen, ob es bei der Rechtspraxis iZm Kinder- und Jugendkriminalität nicht für eine Ausweitung der notwendigen Verteidigung bzw der Verfahrenshilfe und somit für eine „kleine Reformation“ des Jugendstrafrechts, ganz iS der „pädagogischen Verfahrensbegleitung“ *Birkbauers*,<sup>9)</sup> an der Zeit wäre.

## II. Das Sonderproblem Untersuchungshaft

Von Anwälten in der Praxis oftmals hinterfragt wurde § 61 Abs 1 Z 1 StPO, wonach im gesamten Verfahren, wenn und solange der Beschuldigte in Untersuchungshaft (U-Haft) oder gem § 173 Abs 4 StPO in Strafhaft angehalten wird, ein RAA mit kleiner LU nicht einschreiten darf. In nicht ganz unnachvollziehbarer Weise wurde vermehrt von Rechtsanwältinnen angenommen, dass bspw die meisten Haftverhandlungen – unabhängig ihrer weitreichenden Konsequenzen für den Beschuldigten – aufgrund ihrer Kürze und ihres niedrigeren juristischen „Schwierigkeitsgrades“ wohl auch von Rechtsanwaltsanwärtinnen mit kleiner LU verrichtet werden könnten.<sup>10)</sup>

Wenn der Angeklagte nun von der U-Haft in die Hauptverhandlung vorgeführt wird, bei der HV aber alle Voraussetzungen für das Einschreiten des RAA mit kleiner LU vorliegen, darf der „kleine“ RAA dann verhandeln? Dieses Thema wurde von Lehre und Rsp noch nicht aufgegriffen, es gibt – soweit ersichtlich – bisher auch keine einheitliche Standesauffassung.

Grundsätzlich endet die U-Haft mit der Haftentlassung oder spätestens mit der rechtskräftigen Beendigung des Verfahrens.<sup>11)</sup> Durch § 61 Abs 1 Z 1 StPO soll jedoch, wie eine systematische Interpretation ergibt, vorwiegend die Verrichtung von Haftverhandlungen durch einen RAA mit kleiner LU untersagt werden: Fehlt während der Haftverhandlung ein Verteidiger, liegt Fehlerhaftigkeit des Haftfortsetzungsbeschlusses vor, welche mit Beschwerde – nach Erschöpfung des Instanzenzuges sogar mit Grundrechtsbeschwerde – geltend gemacht werden kann. Bei Erfolg der Beschwerde hätte dies die sofortige Haftentlassung zur Folge.<sup>12)</sup>

## III. Lehre und Rsp zur Verteidigerpflicht

Für die HV hingegen ist grundsätzlich das angedrohte Strafausmaß gemäß Strafantrag für die Beurteilung, ob Verteidigerpflicht herrscht oder nicht, ausschlaggebend. *Fabrizy* und auch *Achammer* meinen, dass sich

die Frage, ob für die HV vor dem Einzelrichter Verteidigerzwang besteht, allein nach der Strafdrohung des angeklagten Delikts richtet.<sup>13)</sup> Die Rsp teilt diese Meinung.<sup>14)</sup> Damit ist geklärt, dass Bestimmungen, welche eine Überschreitung des Strafhöchstmaßes vorsehen, wie eben die Strafschärfung bei Rückfall (§ 39 StGB) sowie strafbare Handlungen unter Ausnutzung einer Amtsstellung (§ 313 StGB), für die Frage der Höhe der Strafdrohung bei Beurteilung der Voraussetzungen der notwendigen Verteidigung nicht anzuwenden sind. Eine Ausdehnung des Strafantrags auf ein Delikt mit mehr als einer dreijährigen Strafdrohung begründet jedoch jedenfalls eine Verteidigerpflicht.<sup>15)</sup>

In diesem Zusammenhang ist auf eine jüngere Entscheidung des OGH hinzuweisen,<sup>16)</sup> wonach der im Verfahren vor dem Einzelrichter des Landesgerichts geltende Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs 1 Z 1 a StPO allein an die Strafdrohung des Prozessgegenstands anschließt. Eine Verletzung des § 61 Abs 1 Z 5 StPO und damit Nichtigkeit des Urteils liegt daher jedenfalls nicht vor, wenn bloß der Ankläger von Sachverhaltsannahmen ausging, die bei tatsächlicher Feststellung im Urteil diese Konsequenz gehabt hätten, der Schuldpruch aber wegen einer Tat erging, hinsichtlich derer kein Verteidigerzwang bestand. Dies könnte als weiteres Argument gesehen werden, dass der Gesetzgeber und die Rsp bei der notwendigen Verteidigung in der HV vor dem Einzelrichter allein an das Strafausmaß anknüpfen und nicht, ob sich der Angeklagte bis zu seiner HV in U-Haft befand.

## IV. Lösungsansatz und Empfehlung

Hingegen würde § 38 StGB, wonach die U-Haft auf die Haftstrafe anzurechnen ist (und zwar inklusive der Dauer der HV), für das Argument sprechen, dass sich der Angeklagte auch während der HV in U-Haft befindet und daher eines Verteidigers in Form eines eingetragenen Anwalts bedarf. Ganz systemkonform scheint diese Lösung mE jedoch nicht, da *ceteris paribus* die Schutzwürdigkeit eines Angeklagten, der auf freiem Fuß zur HV erscheint, sich prinzipiell nicht von jener eines Delinquenten unterscheidet, der aus der U-Haft vorgeführt wird. Eine ausschließliche Begründung mit

9) *Birkbauer*, Jugendkriminalität als Herausforderung? – Antwortversuche aus Sicht der Strafrechtswissenschaft, JSt 2011, 164.  
 10) *Wachter*, anwaltliches Disziplinarrecht – weites Feld (Teil I), materiell-rechtlicher Teil I NetV 2004/ 9, 6.  
 11) *Achammer*, in Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung – StPO 177. Lfg § 61 StPO Rz 6.  
 12) *Achammer*, aaO § 61 StPO Rz 8.  
 13) *Fabrizy*, StPO § 61 Rz 3 sowie *Achammer*, aaO § 61 StPO Rz 13.  
 14) RIS-Justiz RS 0098131; 11 Os 117/92 sowie zuletzt 14 Os 173/10p.  
 15) *Seiler*, Strafprozessreform 2004<sup>2</sup> 54.  
 16) OGH 1. 3. 2011, 14 Os 173/10p.

§ 38 StGB scheint sohin als überzogen formalistisch; § 61 Abs 1 Z 1 StPO auch noch auf die HV anzuwenden, widerspräche dem *telos* dieser Norm. ME lässt sich zudem sehr überzeugend argumentieren, dass § 61 Abs 1 Z 2 ff gegenüber Z 1 die *leges specialae* darstellen und diesem daher derogieren.

Liegen bei der HV also alle weiteren Voraussetzungen für eine Verteidigung durch einen „kleinen Konzipienten“ vor, so darf dieser die Verhandlung verrichten, auch wenn der Angeklagte aus der U-Haft

vorgeführt wird. Dies ist mE sowohl die rechtsdogmatisch richtige, als auch standes- und rechtspolitisch korrekte Lösung. Solange sich hierzu jedoch noch keine einhellige Standesansicht und/oder Rsp etabliert hat, ist für die Rechtsanwalts (-anwärterische) Praxis dennoch dringend anzuraten, sich sicherheitshalber vorab mit dem HV-Richter abzusprechen, wenn zwar die U-Haft bis zur HV verhängt wurde, aber alle anderen Bedingungen einer Verteidigernotwendigkeit nicht vorliegen.



Kramer · Leitner

## Das Recht in Zitaten

2012. 168 Seiten.

Geb. EUR 29,-

ISBN 978-3-214-00686-0

Recht ist eine Ordnung, die ganz wesentlich auf sprachlicher Kommunikation beruht. Vor diesem Hintergrund haben die beiden Kompilatoren der hier vorgelegten Sammlung besonders prägnante, möglichst geistreiche und zugespitzte, zumindest aber sinnfällige Zitate, Sentenzen, Parömien ausgewählt.

Die Sammlung soll quasi kaleidoskopartig ein Gesamtbild vom Wesen des Rechts und seiner gesellschaftlichen Erscheinung sowie des seit der Antike intensiv gepflegten Nachdenkens über Recht vermitteln.

MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH  
TEL +43 1 531 61 100 FAX +43 1 531 61 455 [bestellen@manz.at](mailto:bestellen@manz.at) Kohlmarkt 16 · 1014 Wien [www.manz.at](http://www.manz.at)

MANZ 