

STELLUNGNAHMEN ZU GESETZENTWÜRFEN

Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren und zur Änderung des Schöffengerichts

von Prof. Dr. Robert Esser*

Abstract

Der Beitrag befasst sich mit dem Entwurf der Bundesregierung für ein Zweites Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten in Strafverfahren [...] (BT-Drs. 18/9534), der neben der gesetzlichen Verklausulierung höchstrichterlicher Rechtsprechung in zentralen Fragen der Verteidigerkonsultation und der geforderten Umsetzung der EU-Richtlinie 2013/48/EU (Zugang zum Rechtsbeistand) auch Vorschläge der vom BMJV in den Jahren 2014/2015 eingesetzten Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens aufgreift. Im Zentrum des Vorschlags stehen dabei die Normierung von Anwesenheits- und Mitwirkungsrechten des Verteidigers (StPO) und von Unterrichtungspflichten bei der Freiheitsentziehung gegenüber Jugendlichen (JGG) sowie rechtsstaatliche Justierungen im Bereich der sog. „Kontaktsperr“. Mit dem (ersten) Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte v. 2.7.2013 (BGBl. 2013 I, 1938) hatte der Gesetzgeber bereits die EU-Richtlinien 2010/64/EU vom 20.10.2010 (Dolmetschleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren) und 2012/13/EU vom 22.5.2012 (Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren) in nationales Recht umgesetzt. Weitergehende Änderungsvorschläge, allerdings nicht nur bezogen auf die Stärkung der Beschuldigtenrechte, enthält der Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens (BT-Drs. 18/11277).

I. Einführung

Am 5.9.2016 hat die Bundesregierung den Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren und zur Änderung des Schöffengerichts in den Deutschen Bundestag eingebracht.¹

Die Art. 1 bis 6 des Gesetzentwurfs dienen der Umsetzung der EU-Richtlinie 2013/48/EU vom 22.10.2013 über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren²; die Art. 7 und 8 enthalten Vorschläge aus dem Bereich des Schöffengerichts und bleiben an dieser Stelle ausgeklammert.³

Die RL war bis zum 27.11.2016 in nationales Recht umzusetzen (Art. 15 RL). Da einige Vorschriften durchaus den Eindruck vermitteln, so hinreichend klar und präzise formuliert zu sein, dass ein weiterer Vollzugsakt für ihre Wirksamkeit nicht erforderlich ist, scheint es nicht ausgeschlossen, dass Beschuldigte nach zwischenzeitlichem Ablauf der Umsetzungsfrist eine „unmittelbare Anwendung“ dieser Bestimmungen für sich reklamieren. Die Zeit für den parlamentarischen Abschluss der Beratungen drängt also durchaus nicht nur vor dem Hintergrund der im September 2017 anstehenden Bundestagswahl.

Der Titel des Gesetzentwurfs vermittelt den Eindruck, dass durch die vorgeschlagenen Regelungen eine sehr weit gehende „Stärkung“ von Beschuldigten(verfahrens)rechten angestrebt wird. Im Wesentlichen handelt es sich allerdings lediglich um eine gesetzliche Fixierung bereits etablierter höchstrichterlicher Rechtsprechung sowie um eine gesetzliche Klarstellung von Vorgaben der EMRK und des Art. 36 WÜK, die angetrieben durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) und des Internationalen Gerichtshofs (IGH) bereits im Wege einer völkerrechtskonformen Auslegung im nationalen Recht zu berücksichtigen sind.

Die Gesetzesinitiative ist schließlich auch im Kontext der politischen Beratungen über die Umsetzung der Empfeh-

* Der Autor Esser ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht an der Universität Passau; er leitet dort die Forschungsstelle Human Rights in Criminal Proceedings (HRCP). Zum Gesetzentwurf hat er eine gutachterliche Stellungnahme für den Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages abgegeben.

¹ BT-Drs. 18/9534 v. 5.9.2016. Dem vorausgegangen war der (nur über die Homepage des BMJV veröffentlichte) Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz: Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren (im Folgenden: RefE-BMJV).

² Richtlinie 2013/48/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.10.2013 über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren und in Verfahren zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls sowie über das Recht auf Benachrichtigung eines Dritten bei Freiheitsentzug und das Recht auf Kommunikation mit Dritten und mit Konsularbehörden während des Freiheitsentzugs (ABl. EU Nr. L 294 v. 6.11.2013, S. 1; im Folgenden: RL). Zur Entstehungsgeschichte und den wesentlichen Inhalten der RL: Correll/Sidhu, StV 2012, 246; Esser, in: FS Kühne, 2013, S. 539 (550 ff.); Grützner/Pötz/Kreß/Schneider, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 3. Aufl., III D 18 (Stand: 12-2016).

³ S. hierzu ergänzend und vertiefend: Gerson, KriPoZ 2017, 104 ff.

lungen der vom BMJV in den Jahren 2014/2015 eingesetzten Expertenkommission zur Reform der StPO zu sehen, die nach intensiven Beratungen im Oktober 2015 einen Abschlussbericht mit konkreten Änderungsvorschlägen vorgelegt hat.⁴

II. Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der (ersten) polizeilichen Vernehmung des Beschuldigten (§ 163a Abs. 4 StPO)

Schon nach geltender Rechtslage kann sich der Beschuldigte in jeder Lage des *Verfahrens* des Beistandes eines Verteidigers bedienen (§ 137 Abs. 1 S. 1 StPO), d.h. von der Eröffnung des Ermittlungsverfahrens und des damit einhergehenden Eintritts in den Beschuldigtenstatus an bis zur endgültigen Beendigung des Verfahrens durch eine Einstellungsverfügung oder durch ein (rechtskräftiges) Urteil.⁵ Die für die Wahrung der Beschuldigtenrechte sensibelste Phase ist dabei naturgemäß die (erste) polizeiliche Vernehmung.⁶

Die StPO sieht bei der *richterlichen* und *staatsanwaltlichen* Vernehmung des Beschuldigten (§ 168c Abs. 1; § 163a Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 168c Abs. 1 StPO) explizit ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers („Anwesenheit gestattet“) „*bei der Vernehmung*“ vor, konzipiert als Recht *des Beschuldigten*. Die allgemeine Beistandsregelung des § 137 Abs. 1 S. 1 StPO wird auf diese Weise inhaltlich konkretisiert.

Für die *polizeiliche* Vernehmung im Allgemeinen und die *erste* polizeiliche Vernehmung im Besonderen fehlt dagegen eine klarstellende gesetzliche Regelung. Ein Recht (des Beschuldigten) auf Anwesenheit des Verteidigers in dieser frühen und für die effektive Gewährleistung von Beschuldigtenrechten heikelsten Phase des gesamten Strafverfahrens wird derzeit nur *mittelbar* über das allgemeine Recht des Beschuldigten auf den Beistand eines Verteidigers (§ 137 Abs. 1 S. 1 StPO; Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 EMRK)⁷ bzw. über das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) hergeleitet.⁸

Art. 3 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 lit. a und lit. b RL sehen ausdrücklich das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand im Strafverfahren vor und verlangen, dass die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass Verdächtigen und beschuldigten Personen das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand so rechtzeitig und in einer solchen Art und Weise

zukommt, dass die betroffenen Personen ihre Verteidigungsrechte praktisch und wirksam wahrnehmen können.

Als frühesten möglichen Zeitpunkt nennt Art. 3 Abs. 2 RL „*vor ihrer Befragung durch die Polizei oder andere Strafverfolgungs- oder Justizbehörden*“ (lit. a), „*ab der Durchführung von Ermittlungs- oder anderen Beweiserhebungshandlungen durch Ermittlungs- oder andere zuständige Behörden gemäß Absatz 3 Buchstabe c*“ (lit. b), „*unverzüglich nach dem Entzug der Freiheit*“ (lit. c) bzw. „*wenn der Verdächtige oder die beschuldigte Person vor ein in Strafsachen zuständiges Gericht geladen wurde, rechtzeitig bevor der Verdächtige oder die beschuldigte Person vor diesem Gericht erscheint*“ (lit. d).

Die etwas merkwürdige Umschreibung „*können unverzüglich Zugang erhalten*“ (Art. 3 Abs. 2 S. 1 RL) ist zum einen einer Fehlübersetzung aus dem Englischen („shall have access“) zum anderen dem Umstand geschuldet, dass die RL 2013/48/EU selbst keine Vorgabe für eine im Einzelfall „notwendige“ Verteidigung“ enthält. Diese Thematik wurde nicht zuletzt aufgrund der damit für die nationalen Justizhaushalte verbundenen Kosten der inzwischen verabschiedeten Richtlinie 2016/1919/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.10.2016 über Prozesskostenhilfe für Verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren sowie für gesuchte Personen in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls⁹ vorbehalten, die bis zum 25.5.2019 in nationales Recht umzusetzen ist.

Zum inhaltlichen Gehalt des Rechts auf Zugang zu einem Rechtsbeistand sieht Art. 3 Abs. 3 lit. a, b RL vor, dass die *Mitgliedstaaten sicherstellen, dass Verdächtige oder beschuldigte Personen das Recht haben, mit dem Rechtsbeistand, der sie vertritt, unter vier Augen zusammenzutreffen und mit ihm zu kommunizieren, auch vor der Befragung durch die Polizei oder andere Strafverfolgungs- oder Justizbehörden* (lit. a). Die Mitgliedstaaten stellen außerdem sicher, „*dass Verdächtige oder beschuldigte Personen ein Recht darauf haben, dass ihr Rechtsbeistand bei der Befragung zugegen ist und wirksam daran teilnimmt*“ (lit. b S. 1).

Für die konkrete Ausgestaltung der Teilnahme verweist die RL allerdings auf das nationale Recht – „*sofern diese Verfahren die wirksame Ausübung und den Wesensgehalt des betreffenden Rechts nicht beeinträchtigen*“. Immerhin statuiert die RL außerdem eine Pflicht zur Protokollierung

⁴ BMJV (Hrsg.), Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens, Oktober 2015 (zugänglich über www.bmjbv.de). Der Autor war Mitglied dieser Kommission.

⁵ *Julius*, in: HK-StPO, 5. Aufl. (2012), § 137 Rn. 2; *Wessing*, in: BeckOK-StPO, Stand: 24.3.2014, § 137 Rn. 2.

⁶ Vgl. *EGMR* (GK) *Dvorski/Kroatien*, 20.10.2015, Nr. 25703/11, § 77 („The Court has held that in order to exercise his right of defence, the accused should normally be allowed to have the effective benefit of the assistance of a lawyer from the initial stages of the proceedings because national laws may attach consequences to the attitude of an accused at the initial stages of police interrogation which are decisive for the prospects of the defence in any subsequent criminal proceedings.“).

⁷ S. etwa *EGMR* (GK), *Salduz/Türkei*, 27.11.2008, Nr. 36391/02, NJW 2009, 3707.

⁸ Vgl. *Wohlers/Albrecht*, in: SK-StPO, Bd. 3, 5. Aufl. (2016), § 163 Rn. 60 m.w.N.; a.A. etwa *Griesbaum*, in: KK-StPO, 7. Aufl. (2013), § 163 Rn. 19.

⁹ ABl. EU Nr. L 297 v. 4.11.2016, S. 1.

einer etwaigen *Teilnahme* des Rechtsbeistands („*schriftlich festgehalten*“;¹⁰ Art. 3 Abs. 3 lit. b S. 3)¹¹, merkwürdiger Weise aber nicht die Fixierung der unterbliebenen Teilnahme.

1. Menschenrechtlicher Kontext des Rechts auf Zugang zum Verteidiger (Art. 6 Abs. 3 lit. b/c EMRK)

Nicht nur aber vor allem aus menschenrechtlicher Perspektive ist eine klarstellende gesetzliche Regelung zum Recht auf Anwesenheit des Verteidigers „*bei der polizeilichen Vernehmung*“ in der StPO geboten. Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK garantiert das Recht jeder „*angeklagten Person*“ [= Beschuldiger], „*sich selbst zu verteidigen, sich durch einen Verteidiger ihrer Wahl verteidigen zu lassen oder, falls ihr die Mittel zur Bezahlung fehlen, unentgeltlich den Beistand eines Verteidigers zu erhalten, wenn dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist*“.

Der EGMR hat den Schutzgehalt des Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK im Laufe der letzten Jahrzehnte zu einem Recht auf „effektive Verteidigung“ konturiert¹² und damit auch § 137 Abs. 1 S. 1 StPO menschenrechtlich determiniert.¹³ Ansätze dahingehend, dass der EGMR das Recht auf Zugang zum Verteidiger nur dann als effektiv und gewahrt ansieht, wenn bei jeder, auch schon der (ersten) polizeilichen, Vernehmung ein Verteidiger anwesend sein darf, finden sich in zahlreichen Urteilen des EGMR¹⁴ und gipfeln in der Forderung: „*Article 6 § 1 of the Convention requires that, as a rule, access to a lawyer should be provided as from the first interrogation of a suspect by the police.*“¹⁵

Nur im konkreten Einzelfall und nur aus zwingenden Gründen („*compelling reasons*“) hält es der EGMR für möglich, dem Beschuldigten den gewünschten Zugang zu einem Verteidiger (vor der ersten polizeilichen Vernehmung) für eine bestimmte Zeit vorzuenthalten. Aber selbst dann dürfen die Verteidigungsrechte des Beschuldigten nicht unangemessen beschränkt werden.¹⁶

Daraus folgt für die Verwertung von Angaben aus einer

polizeilichen Beschuldigtenvernehmung ohne Verteidiger: „*The rights of the defence will in principle be irretrievably prejudiced when incriminating statements made during a police interrogation without access to a lawyer are used for a conviction.*“¹⁷

Wird dem Verteidiger die Anwesenheit und damit auch die Mitwirkung bei der polizeilichen Vernehmung des Beschuldigten verwehrt, ist das Recht auf Verteidigung aus Sicht der EMRK nicht effektiv gewährleistet, insbesondere vor dem Hintergrund, dass Ermittlungsmaßnahmen gerade im frühen Stadium des Verfahrens für dessen weiteren Gang von entscheidender Bedeutung sind.¹⁸ Eine subtile Unterscheidung zwischen polizeilicher und staatsanwaltlicher Vernehmung, die Auswirkungen auf die Beschuldigtenrechte haben sollte, wird vom EGMR als künstlich und damit willkürlich eingestuft werden.

2. Reformbedarf und Bewertung der Vorschläge des Gesetzentwurfs

a) Angesichts der Bedeutung der *ersten* (meist polizeilichen) Vernehmung des Beschuldigten für den Verlauf des weiteren Verfahrens¹⁹ und der lediglich rudimentär ausgebildeten und daher zur Korrektur etwaiger Versäumnisse nur sehr eingeschränkt tauglichen Dogmatik „*harter*“ Beweisverwertungsverbote²⁰ setzt sich zunehmend die Erkenntnis durch, dass nur der rechtlich beratene und durch physische Anwesenheit eines Rechtsbeistandes gestärkte und als unschuldig geltende (Art. 6 Abs. 2 EMRK) Beschuldigte „effektiv“ vor einer unzulässigen Druckausübung und Beeinflussung durch die Strafverfolgungsbehörden geschützt wird.

Dass § 168c Abs. 1 StPO für die richterliche Vernehmung und § 163a Abs. 3 S. 2 StPO über den Verweis auf § 168c Abs. 1 StPO für die *staatsanwaltschaftliche* Vernehmung des Beschuldigten ausdrücklich ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers vorsehen, andererseits die StPO für die polizeiliche Vernehmung auf eine solche Regelung verzichtet, ist von der Gesetzestechne her betrachtet wider-

¹⁰ Dass Art. 8 Abs. 2 RL abweichend von Art. 3 Abs. 3 lit. b S. 3 RL von „*protokolliert*“ spricht, dürfte in der Praxis keine weitreichenden Divergenzen nach sich ziehen.

¹¹ Vgl. auch: RL-ErwG Nr. 25, der die „*Protokollierung*“ nicht nur der Teilnahme als solche, sondern auch etwaiger „*Erklärungen*“ des Rechtsbeistands vorsieht.

¹² EGMR, Siryak/Russland, 19.12.2013, Nr. 38094/05, § 26 („It is of crucial importance for the fairness of the criminal justice system that the accused be adequately defended, both at first instance and on appeal.“).

¹³ Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 59. Aufl. (2016), § 137 Rn. 3.

¹⁴ EGMR, Pishchalnikov/Russland, 24.9.2009, Nr. 7025/04, § 79; Panovits/Zypern, 11.12.2008, Nr. 4268/04, § 66; Brusco/Frankreich, 14.10.2010, Nr. 1466/07, § 45. Vgl. Esser/Gaede/Tsambikakis, NStZ 2011, 140, 145; s. auch Esser, in: LR-StPO, 26. Aufl. (2012), Art. 6 EMRK Rn. 607; Paeffgen, in: SK-StPO, 4. Aufl., Bd. X, 2012, EMRK, Art. 6 Rn. 138b.

¹⁵ EGMR, Nechto/Russland, 24.1.2012, Nr. 24893/05, § 103; (GK) Dvorski/Kroatien, 20.10.2015, Nr. 25703/11, § 77.

¹⁶ EGMR (GK), Ibrahim/UK, 13.9.2016, Nr. 50541/08, 50571/08, 50573/08 u. 40351/09, §§ 249-274 (U-Bahn-Terroranschlag in London im Jahr 2005; zum Zeitpunkt der Festnahme erster Tatverdächtiger war von weiteren noch nicht detonierten Bomben auszugehen); (GK), Dvorski/Kroatien, 20.10.2015, Nr. 25703/11, § 80.

¹⁷ EGMR, Nechto/Russland (Fn. 15), § 103.

¹⁸ Exemplarisch etwa EGMR, Vanfuli/Russland, 3.11.2011, Nr. 24885/05, § 95: „*The Court further emphasises the importance of the investigation stage for the preparation of the criminal proceedings, as the evidence obtained during this stage determines the framework in which the offence charged will be considered at the trial [...]. At the same time, an accused often finds himself in a particularly vulnerable position at that stage of the proceedings, the effect of which is amplified by the fact that legislation on criminal procedure tends to become increasingly complex, notably with respect to the rules governing the gathering and use of evidence. In most cases, this particular vulnerability can only be properly compensated for by the assistance of a lawyer whose task is, among other things, to help to ensure respect for the right of an accused not to incriminate himself.*“

¹⁹ Schlegel/Wohlers, StV 2012, 307; Erb, in: LR-StPO, 26. Aufl. (2007), § 163a Rn. 27 f.

²⁰ BGHSt 47, 172 (173) (Widerspruchslösung); kritisch zur „Schlagkraft“ der Beweisverbote auch Eschelbach, in: SSW-StPO, 2. Aufl. (2016), § 136 Rn. 3.

sprüchlich und gibt zu Spekulationen Anlass, dass ein solches Anwesenheitsrecht des Verteidigers „bei der polizeilichen Vernehmung“ gar nicht oder nur eingeschränkt gewährleistet sein könnte.

b) Bereits der Diskussionsentwurf für eine Reform des Strafverfahrens der Fraktionen der SPD und von Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag sowie des Bundesministeriums der Justiz vom Februar 2004 plädierte innerhalb einer Reform des § 163a StPO für eine klar formulierte Befugnis des Verteidigers zur Mitwirkung an der Vernehmung (konzeptionell als Recht des Beschuldigten ausgestaltet).²¹

Die durch die jetzt vorliegende Gesetzinitiative geplanten Änderungen orientieren sich eng an den Vorgaben der RL 2013/48/EU. Sie beschränken sich nicht nur auf das europa- und menschenrechtlich geforderte Minimum, sondern innerhalb dessen außerdem nur auf eine Detailfrage innerhalb des durch insgesamt sechs EU-Richtlinien²² determinierten unionsrechtlichen Rahmens für die Gewährleistung einer „effektiven Verteidigung“ (im Ermittlungsverfahren). Anders ausgedrückt, der deutsche Gesetzgeber hat sich wohl nicht zuletzt auch aufgrund der recht knappen Umsetzungsfristen der jeweiligen RL für deren „schrittweise“ Umsetzung ausgesprochen.

Die geplante Ergänzung der derzeitigen Regelungen der StPO ist aus Gründen der Klarstellung notwendig – auch wenn viele der Einzelfragen bereits durch die Rechtsprechung hinreichend konturiert sind. Rechtsprechung kann sich ändern – Gesetzesänderungen bedürfen dagegen parlamentarischer Mehrheiten. In einem Rechtsstaat sollten zentrale Fragen der Strafverteidigung in einem für alle Bürger zugänglichen gesetzlichen Regelwerk vorhanden sein und nicht der dynamischen Entwicklung am richterlich und damit durch Einzelpersonen jeweils zu entscheidenden Einzelfall überlassen werden. Es gibt eben *Essentialia* des strafrechtlichen Verfahrens, wie die Ausgestaltung des (Erst-)Kontaktes eines Tatverdächtigen mit der Polizei, die der Gesetzgeber nicht allein der richterlichen Rechtsfortbildung überlassen sollte.

c) Die geplante Neuregelung in § 136 Abs. 1 S. 3 und S. 4

StPO („allgemeine Informationen zur Verfügung zu stellen, die es ihm erleichtern, einen Verteidiger zu kontaktieren“/„Hinweis auf bestehende anwaltliche Notdienste“) setzt Art. 3 Abs. 1 RL (Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand „so rechtzeitig und in einer solchen Art und Weise zukommt, dass die betroffenen Personen ihre Verteidigungsrechte praktisch und wirksam wahrnehmen können.“) europarechtskonform um – zu mehr an verpflichtender Unterstützung hatten sich auch die Urheber der RL nicht durchringen können (vgl. Art. 3 Abs. 4 RL: „Bemühen“).²³ Es bleibt zu hoffen, dass auch die Praxis diesen immer noch recht vagen Vorgaben „effektiv“ nachkommt.

§ 136 Abs. 1 S. 4 StPO-E („Hinweis auf bestehende anwaltliche Notdienste“) ist insoweit etwas kritisch zu sehen, als er ein deutschlandweit vorhandenes System solcher anwaltlichen Notdienste suggeriert. Davon kann allerdings nur in größeren Städten die Rede sein, und selbst dort ist die Ausgestaltung sehr unterschiedlich.²⁴ Dementsprechend zurückhaltend ist auch die Formulierung in RL-ErwG Nr. 28 geblieben.²⁵

Zudem darf der Hinweis auf die Notdienste dem Beschuldigten in der späteren Praxis nicht so kommuniziert werden, dass dieser den Eindruck gewinnt, er sei gehalten oder gar gezwungen, sich gerade aus dem Kreis der dort „organisierten“ Anwälte einen Verteidiger zu wählen. Das widerspräche klar seinem durch Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK garantierten Wahlrecht. Die sich daran anschließende Frage einer Beiordnungspflicht spricht weder die RL 2013/48/EU noch die geplante gesetzliche Neuregelung an – der Aspekt der „notwendigen Verteidigung“ ist wie schon eingangs erwähnt Gegenstand der erst kürzlich verabschiedeten RL 2016/1919/EU, die das gesamte, sechs Richtlinien umfassende Regelungspaket der Union zum Schutz der Beschuldigtenrechte abschließt.

Ein gewisses regelungstechnisches Manko ist, dass die geplante Gesetzesänderung weiterhin dem für eine „Prozessordnung“ typischen Konzept einer „Belehrungs- und Hinweispflicht“ verhaftet bleibt – d.h. staatliche Obliegenheiten in den Mittelpunkt stellt, nicht aber explizit „Rechte“ des Beschuldigten normiert. Wollte man dies ändern, bedürfte es freilich eines etwas „größeren Wurfes“ als mit

²¹ Diskussionsentwurf für eine Reform des Strafverfahrens, StV 2004, 228 (229 f., 234); eine Gesetzesänderung forderte auch der 65. DJT, NJW 2004, 3241 (3244 unter II 2); zustimmend Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 13), § 163 Rn. 16.

²² Richtlinie 2010/64/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Oktober 2010 über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren, ABl. EU Nr. L 280 v. 26.10.2010; S. 1; Richtlinie 2012/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.5.2012 über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren, ABl. EU Nr. L 142 v. 1.6.2012, S. 1 – hierzu: Esser, in: FS Wolter, 2013, 1329 ff.; Richtlinie 2013/48/EU (Fn. 2); Richtlinie 2016/343/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9.3.2016 über die Stärkung bestimmter Aspekte der Unschuldsvermutung und des Rechts auf Anwesenheit in der Verhandlung in Strafverfahren, ABl. EU Nr. L 65 v. 11.3.2016, S. 1; Richtlinie 2016/800/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.5.2016 über Verfahrensgarantien in Strafverfahren für Kinder, die Verdächtige oder beschuldigte Personen in Strafverfahren sind, ABl. EU Nr. 132 v. 21.5.2016, S. 1; Richtlinie 2016/1919/EU (Fn. 9).

²³ Grützner/Pötz/Kreß/Schneider, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 3. Aufl., III D 18, Rn. 43.

²⁴ Vgl. Corell, StraFo 2011, 34 (39), der ein solches flächendeckendes Notdienst-System aber auch nicht für erforderlich erachtet; rechtstatisch zur variierenden regionalen Verfügbarkeit, vgl. Soyler/Schumann, StV 2012, 495 (499).

²⁵ „Zu diesen Vorkehrungen könnte es unter anderem gehören, dass die zuständigen Behörden für die Unterstützung durch einen Rechtsbeistand anhand einer Liste der zur Verfügung stehenden Rechtsbeistände sorgen, unter denen der Verdächtige oder die beschuldigte Person wählen könnte.“

dem derzeitigen, inhaltlich überschaubaren GesE angepeilt ist.

d) Mit dem neu einzufügenden Verweis in § 163a Abs. 4 S. 3 StPO auf § 168c Abs. 1 StPO wird zunächst nur das *Anwesenheitsrecht* des Verteidigers an der polizeilichen Vernehmung des Beschuldigten klargelegt. Art. 3 der RL [*Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand im Strafverfahren*] normiert in Abs. 3 das Recht des Beschuldigten auf Zugang zu einem Rechtsbeistand und verbietet inhaltlich (lit. b) darüber hinaus das Recht, dass der *Rechtsbeistand an der „Befragung wirksam [daran] teilnimmt“*. Durch den neu eingefügten Satz 2 in § 168c Abs. 1 StPO (Erklärungsrecht, Fragerecht), auf den der neue § 163a Abs. 4 S. 3 StPO ebenfalls verweist, wird gerade diese *„effektive Teilnahme“* an der „Befragung“ des Beschuldigten sichergestellt.

Die Tücke liegt wie so oft im Detail: Während Art. 3 Abs. 3 lit. b S. 2 RL von *„bei der Befragung zugegen ist und wirksam daran teilnimmt“*²⁶ spricht, gewährt der geplante § 168c Abs. 1 S. 3 StPO dem Rechtsbeistand lediglich das Recht, *„nach“* der Vernehmung Gelegenheit [zu erhalten], sich dazu zu erklären oder Fragen an die vernommene Person zu stellen. Hier ist allerdings zu berücksichtigen, dass nach Art. 3 Abs. 3 lit. b S. 2 RL die Teilnahme gemäß dem Verfahren des nationalen Rechts erfolgt, *sofern* dieses Verfahren die wirksame Ausübung und den Wesensgehalt des betreffenden Rechts nicht beeinträchtigt.²⁷ Eine nach nationalem Recht vorgesehene Reihenfolge der Befragung dürfte mit den Zielen der RL daher grundsätzlich vereinbar sein, allerdings nur, wenn dies dem Verteidiger auch im Einzelfall eine *„wirksame“* Teilnahme an dieser Befragung gestattet.²⁸

Die in § 168c Abs. 1 S. 3 StPO-E durch § 241 Abs. 2 StPO in Bezug genommenen Beschränkungen des Fragerechts bei der Vernehmung des Beschuldigten stellen die geforderte *„Effektivität“* der Mitwirkung des Verteidigers nicht in Frage, *wenn* die Vorschriften in der Praxis in enger Anlehnung an die einschlägige Judikatur des *EGMR* interpretiert werden. Gleiches gilt für § 168c Abs. 2 S. 3 StPO, der die Anwesenheit bei Zeugenvernehmungen regelt und zusätzlich auf § 241a StPO verweist.

III. Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei einer Gegenüberstellung von Zeugen mit dem Beschuldigten (§ 58 Abs. 2 StPO)

Art. 3 Abs. 3 lit. c RL 2013/48/EU sieht vor, dass die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass Verdächtige oder beschuldigte Personen mindestens das Recht haben, dass ihr Rechtsbeistand den folgenden Ermittlungs- oder Beweiserhebungshandlungen (Identifizierungsgegenüberstellungen; Vernehmungsgegenüberstellungen; Tatortrekonstruktionen)²⁹ *„beiwohnt“*³⁰ – falls diese in den einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften vorgesehen sind und falls die Anwesenheit des Verdächtigen oder der beschuldigten Personen bei den betreffenden Handlungen vorgeschrieben oder zulässig ist. Die RL gewährt dem Beschuldigten damit also keine zusätzlichen Beteiligungs- oder Mitwirkungsrechte, sondern nur ein das etwaige eigene Anwesenheitsrecht ergänzendes Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand während der genannten Ermittlungsmaßnahmen.

Ins Visier eines möglichen Änderungsbedarfs ist die in § 58 Abs. 2 StPO geregelte Gegenüberstellung des Zeugen (mit anderen Zeugen oder mit dem Beschuldigten) geraten, die Teil der *Vernehmung* des Zeugen³¹ bzw. eine *besondere Art der Vernehmung*³² ist. Soweit der Richter die förmliche Gegenüberstellung im Rahmen der von ihm durchgeführten Vernehmung eines Zeugen anordnet, ist (neben dem Beschuldigten) der Verteidiger stets zur Anwesenheit berechtigt (§ 168c Abs. 2 StPO) und grundsätzlich auch zu benachrichtigen (§ 168c Abs. 5 StPO).³³

Wird die Gegenüberstellung des Zeugen dagegen von der Staatsanwaltschaft durchgeführt (§ 161a Abs. 1 S. 2 StPO), besteht nach §§ 163a Abs. 3 S. 2, 168c Abs. 1 StPO nur dann ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers, soweit der *Beschuldigte* in diesem Zusammenhang vernommen wird. Hier bleibt es damit bei dem *Grundsatz*, dass weder der Beschuldigte noch der Verteidiger ein Recht auf eine Teilnahme/Anwesenheit an der Vernehmung eines Zeugen durch die Staatsanwaltschaft haben³⁴ (vorbehaltlich besonderer Konstellationen nach Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK)³⁵.

Bei der in der Praxis häufigsten³⁶ Gegenüberstellung des Zeugen durch die Polizei (§ 163 Abs. 3 S. 1 StPO) ist ein

²⁶ Dazu auch RL-ErwG Nr. 25; zu Inhalt und Umfang, den die Befragung iSd RL umfasst oder vielmehr nicht umfasst, vgl. RL-ErwG Nr. 20.

²⁷ Vgl. auch RL-ErwG Nr. 25: *„Bei“* der Vernehmung des Verdächtigen oder der beschuldigten Person ... kann der Rechtsbeistand *im Einklang mit diesen Verfahren* unter anderem Fragen stellen, Erläuterungen verlangen und Erklärungen abgeben, die nach dem nationalen Recht protokolliert werden sollen.

²⁸ Hierzu auch: Grützner/Pötz/Kreß/Schneider, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 3. Aufl., III D 18, Rn. 32 (z.B. Hinweis auf unzulässige Fragen).

²⁹ Kritisch zur Beschränkung auf diese wenigen Maßnahmen: Grützner/Pötz/Kreß/Schneider, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 3. Aufl., III D 18, Rn. 34.

³⁰ Vgl. hierzu RL-ErwG Nr. 26: *„zugegen“* *„Die Mitgliedstaaten können praktische Vorkehrungen im Zusammenhang mit der Anwesenheit des Rechtsbeistands bei Ermittlungs- oder Beweiserhebungshandlungen treffen.“*

³¹ So im Fall der Identifizierungsgegenüberstellung: *KG*, Beschl. v. 2.4.1979 – 4 Ws 42/79 = JR 1979, 347; *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 9. Aufl. (2015), Rn. 1192; *Rogall*, in: SK-StPO, Bd. 1, 4. Aufl. (2014), § 58 Rn. 29 f.

³² So im Fall der Vernehmungsgegenüberstellung: BGHSt 55, 257 (263) = NJW 2010, 3251 (3253); Radtke/Hohmann/Otte, 2011, StPO, § 58 Rn. 7; v. *Schlieffen*, in: AnwK-StPO, 2. Aufl. (2010), § 58 Rn. 8; *Senge*, in: KK-StPO (Fn. 8), § 58 Rn. 7.

³³ *Eisenberg* (Fn. 31), Rn. 1195.

³⁴ *Ignor/Bertheau*, in: LR-StPO, 26. Aufl. (2008), § 58 Rn. 14.

³⁵ Vgl. *Esser*, in: LR-StPO, 26. Aufl. (2012), Art. 6 EMRK Rn. 795.

³⁶ *Eisenberg* (Fn. 31), Rn. 1195; *Schlothauer*, in: *Widmaier/Müller/Schlothauer*, MAH Strafverteidigung, 2. Aufl. (2014), § 3 Rn. 98.

Anwesenheitsrecht des Verteidigers ebenfalls nicht gesetzlich vorgesehen. Da der Beschuldigte weder zum Erscheinen vor der Polizei noch zur freiwilligen Mitwirkung an einer solchen Maßnahme verpflichtet ist, wird sich die Beteiligung des Verteidigers faktisch jedenfalls nur dadurch erreichen lassen, dass die Kooperationsbereitschaft des Beschuldigten von ihr abhängig gemacht wird.³⁷

Entgegen dieser formalen, auf die jeweils anordnende Institution abstellenden Betrachtungsweise, wird zum Teil angenommen, dass sich aus dem fair-trial-Grundsatz³⁸ bzw. aus einem den §§ 168c Abs. 2, 163a Abs. 3, 168d Abs. 1 StPO zu entnehmenden allgemeinen Rechtsgedanken³⁹ ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers auch für die polizeiliche und staatsanwaltschaftlich veranlasste Gegenüberstellung eines Zeugen herleiten lasse (unabhängig von einer Vernehmung des Beschuldigten in diesem Zusammenhang).

Durch die geplante Neuregelung wird das von Art. 3 Abs. 3 lit. c RL geforderte Recht (des Beschuldigten) auf Anwesenheit des Verteidigers umgesetzt; eine entsprechende Pflicht zur Benachrichtigung des Verteidigers sieht Art. 3 Abs. 3 RL zwar nicht explizit vor. Sie lässt sich allerdings aus dem Gebot der Effektivität („stellen sicher“) ableiten.

Allerdings beschränkt die Neuregelung die zu gewährleistende (aber nicht verpflichtende) Anwesenheit des Verteidigers auf die Gegenüberstellung (des Zeugen) „mit dem Beschuldigten“. Nicht erfasst von der Neuregelung ist also die Gegenüberstellung (des Zeugen) „mit anderen Zeugen“. Da die RL die Gewährleistung der Anwesenheit des Verteidigers bei der Gegenüberstellung nur verlangt, soweit „die Anwesenheit des Verdächtigen oder der beschuldigten Personen [selbst] bei den betreffenden Handlungen vorgeschrieben oder zulässig ist“, hält sich der geplante Entwurf im Rahmen des von der RL Geforderten.

Weitergehende Rechte (des Beschuldigten oder zumindest seines Verteidigers) auf Anwesenheit (und Mitwirkung/Befragung) können sich freilich wie schon erwähnt losgelöst vom Regelungskorsett des § 58 Abs. 2 StPO über das Konfrontationsrecht aus Art. 6 Abs. 3 lit. d

EMRK ergeben, etwa für den Fall, dass der gegenübergestellte Zeuge ein Belastungszeuge ist, dessen späterer Ausfall in der Hauptverhandlung zu befürchten ist.

IV. Benachrichtigung von Angehörigen pp. aus Anlass einer Freiheitsentziehung (Festnahme/Verhaftung)

Der durch die RL 2013/48/EU und die Judikatur des IGH⁴⁰ und des BVerfG⁴¹ zu Art. 36 WÜK vorgegebene rechtliche Rahmen wird in den derzeitigen §§ 114b, 114c StPO vollumfänglich umgesetzt. Die Vorschriften beruhen ihrerseits auf einer Gesetzesänderung im Jahr 2010, die seinerzeit erst im Laufe der parlamentarischen Beratung durch den Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages in den hier relevanten Punkten so richtig Fahrt aufgenommen hatte.⁴²

Die durch den neuerlichen Gesetzesvorschlag propagierte Anhebung des Aufnahmetatbestandes auf eine „Erheblichkeit“ der Gefährdung des Zwecks der Untersuchung (vgl. Art. 5 Abs. 3 lit. b RL), ist zu begrüßen, wird in der Praxis allerdings vermutlich kaum Auswirkungen haben, da es sich hierbei um eine kaum justiziable Einschätzung handeln dürfte.

V. Schutz der Verteidigung im Rahmen sog. Anbahnungsgespräche

1. Ausgangslage

Gemäß § 148 StPO ist dem Beschuldigten, auch wenn er sich nicht auf freiem Fuß befindet, schriftlicher und mündlicher Verkehr mit dem Verteidiger gestattet. Gewährleistet werden soll damit eine – auch von Art. 6 Abs. 3 lit. b/c und Art. 8 EMRK geforderte – „effektive“ Verteidigung frei von jedweder Behinderung oder Erschwerung, insbesondere im Schriftverkehr und in der sonstigen Kommunikation.⁴³

Die Vorschrift setzt allerdings in ihrer derzeitigen sprachlichen Fassung ein bereits bestehendes Verteidigungsverhältnis voraus („mit dem Verteidiger“; vgl. ebenso § 137

³⁷ Odenthal, Die Gegenüberstellung im Strafverfahren, 3. Aufl. (1999), S. 91; Rogall, in: SK-StPO, Bd. 1, 4. Aufl. (2014), § 58 Rn. 57.

³⁸ Eisenberg, Kriminalistik 1995, 458 (462 f.); Krause, StV 1984, 169 (171); für Wahlgegenüberstellungen LR-StPO/Ignor/Bertheau (Fn. 34), § 58 Rn. 14; a.A. KG, NJW 1979, 1669.

³⁹ Odenthal, NStZ 1985, 433 (435); zustimmend Pauly, StraFo 1998, 41 (42).

⁴⁰ IGH, 27.6.2001 (La Grand), IGH-Reports 2001, 464 = EuGRZ 2001, 287 (nichtamtliche Übersetzung) mit Anm. Mennecke, GYIL 44 (2001) 430. Zu diesem Urteil: Weigend, in: FS Lüderssen, 2002, 463 ff.; IGH, 31.3.2004 (Avena), IGH-Reports 2004, 12.

⁴¹ BVerfG, NJW 2007, 499 = EuGRZ 2006, 684 ff. mit krit. Anm. Burchard, JZ 2007, 891 ff.; Walter, JR 2007, 99; Kreß, GA 2007, 296; Weigend, StV 2008, 39 ff.; BVerfG, Beschl. v. 8.7.2010 – 2 BvR 2485/07, 2513/07, 2548/07, NJW 2011, 207; BVerfG, Beschl. v. 5.11.2013 – 2 BvR 1579/11, NJW 2014, 532. Zur höchst unterschiedlichen Umsetzung durch den BGH: BGH, Beschl. v. 11.9.2007 – 1 StR 273/07, NJW 2007, 3587 (3588); BGH, Beschl. v. 25.9.2007 – 5 StR 116/01 u. 5 StR 475/02, BGHSt 52, 48 = NJW 2008, 307 (309) = StV 2008 5; BGH, Urt. v. 20.12.2007 – 3 StR 318/07, BGHSt 52, 110 = NStZ 2008, 356 = StV 2008, 172; BGH, Beschl. v. 7.6.2011 – 4 StR 643/10, StV 2011, 603. Hierzu: Esser, JR 2008, 271.

⁴² Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Untersuchungshaftrechts vom 29.7.2009 (BGBl. I S. 2274).

⁴³ BGHSt 27, 260 (262) = NJW 1977, 2172; Lüderssen/Jahn, in: LR-StPO, 26. Aufl. (2007), § 148 Rn. 2 ff.; Laufhütte, in: KK-StPO, 7. Aufl. (2013), § 148 Rn. 4.; Vgl. hierzu schon: BMJV (Fn. 4), Band 1, S. 47 ff., Band 2, Anlagenband II – Protokolle, S. 24 ff.; die nachfolgenden Ausführungen beruhen auf dem für die Kommission erstatteten Gutachten.

Abs. 1 S. 1 StPO).⁴⁴ Ob Anbahnungsgespräche, d.h. die Kontaktaufnahme im Vorfeld der Mandatierung (Wahlverteidiger) oder Bestellung (Pflichtverteidiger) vom Schutzbereich des § 148 Abs. 1 StPO erfasst sind, wird lebhaft diskutiert. Nach h.M. beginnt dieser grundsätzlich erst mit der Mandatierung bzw. Bestellung.⁴⁵ Eine andere Ansicht interpretiert den (freien) „Verkehr“ i.S.v. § 148 Abs. 1 StPO dagegen schon jetzt deutlich weiter und fasst auch ein sog. Anbahnungsverhältnis darunter.⁴⁶ In diese Richtung deuten in jüngerer Zeit auch Judikate des BGH im Kontext „Abhör-, Beschlagnahmefreiheit“.⁴⁷

2. Umsetzungsbedarf aufgrund der RL 2013/48/EU

Der Wortlaut von Art. 3 RL liefert bezüglich der Einbeziehung von Anbahnungsgesprächen keine eindeutige Vorgabe: Recht auf Zugang zu „einem“ Rechtsbeistand (Art. 3 Abs. 1 RL)⁴⁸ spricht eher dafür, die Formulierung „mit dem Rechtsbeistand, der sie vertritt“ (Art. 3 Abs. 3 lit. a RL) eher dagegen. RL-ErwG Nr. 23 spricht ebenfalls vom „Rechtsbeistand, der sie vertritt“ (was auf ein bestehendes Mandatsverhältnis schließen lässt), hebt aber andererseits gerade die Schutzbedürftigkeit vorbereitender Kommunikation deutlich hervor. Für eine Einbeziehung der Anbahnungsphase in die Vertraulichkeit des Mandatsverhältnisses lässt sich auch ErwG Nr. 28 anführen.⁴⁹

Der Regelungsgehalt von Art. 4 i.V.m. Art. 3 Abs. 1, Abs. 2 RL 2013/48/EU v. 22.10.2013 spricht wiederum dafür, dass zur [„praktischen und wirksamen“ (!), Art. 3 Abs. 1 RL] „Wahrnehmung des Rechts auf Zugang zu einem Rechtsbeistand“ auch schon Anbahnungsgespräche gehören.

Nach Art. 4 S. 1 RL beachten die Mitgliedstaaten jedenfalls die Vertraulichkeit der Kommunikation zwischen Verdächtigen oder beschuldigten Personen und ihrem Rechtsbeistand bei der Wahrnehmung des im Rahmen dieser Richtlinie vorgesehenen Rechts auf Zugang zu einem Rechtsbeistand. Umfasst sein von einer solchen Kommunikation sollen Treffen, Schriftverkehr, Telefongespräche und sonstige nach nationalem Recht zulässige Kommunikationsformen.

3. Reformbedarf

Vom Recht des Verteidigers auf Akteneinsicht nach § 147 Abs. 1 StPO („Der Verteidiger ist befugt“), der ähnlich wie § 148 Abs. 1 StPO formuliert („mit dem Verteidiger“), ist das Anbahnungsverhältnis nach überwiegender Ansicht aufgrund des hier weit auszulegenden Verteidigerbegriffs umfasst.⁵⁰ Auch diese derzeit uneinheitliche Interpretation von §§ 147, 148 StPO macht deutlich, dass eine Einbeziehung des Anbahnungsverhältnisses in das nach § 148 StPO privilegierte Kontaktrecht durch eine gesetzliche Klarstellung geboten erscheint. Dem „freien“ Verkehr (auch des noch nicht mandatierten bzw. bestellten) Rechtsanwalts mit dem Beschuldigten muss ein mindestens gleichrangiger Schutz zuteilwerden.

In der Literatur wird angesichts der gegenwärtig bestehenden Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Gewährung (unüberwachter) Kommunikation mit dem Beschuldigten während der Kontaktphase dazu geraten, das Anbahnungsverhältnis bereits möglichst frühzeitig in ein Mandatsverhältnis umzuwandeln und dieses der JVA gegenüber entsprechend nachzuweisen, um eine effektive Korrespondenz sicherzustellen. Durch die Einbeziehung des Anbahnungsverhältnisses in den Schutzbereich des § 148 StPO wären solch übereilte, um nicht zu sagen künstliche Mandatierungen entbehrlich. Insbesondere die Position des Beschuldigten bei der freien Wahl eines geeigneten Rechtsbeistandes würde gestärkt.

Der Einbeziehung der Anbahnungsphase einer „Verteidigung“ in den Schutzbereich des § 148 StPO steht auch nicht eine etwaige und immer wieder behauptete Gefahr des Missbrauchs in der Praxis entgegen. Der nach § 148 StPO privilegierte „Verkehr“ umfasst sachlich nur solche Kommunikation zwischen einem Beschuldigten und einer als Verteidiger in Betracht kommenden Person (i.d.R. einem Rechtsanwalt, § 138 Abs. 1 StPO), welche im sachlichen Zusammenhang mit der Verteidigung steht. Die Übermittlung anderer Korrespondenz (etwa im Rahmen zivilrechtlicher Mandate) als *Verteidigerpost* stellt für den Rechtsanwalt eine berufsrechtliche Verfehlung dar (§ 115 Abs. 1 Nr. 1 OWiG).⁵¹ Dem Rechtsanwalt als unabhängigen Organ der Rechtspflege (§ 1 BRAO) ist ein besonderes Vertrauen entgegenzubringen, welches unabhängig

⁴⁴ Lüderssen/Jahn, in: LR-StPO, 26. Aufl. (2007), § 148 Rn. 7; hierzu: Council of Bars and Law Societies of Europe (CCBE) (Hrsg.), Recommendations: On the protection of client confidentiality within the context of surveillance activities (2017), zugänglich über www.ccbe.eu; The Conference of International Non-Governmental Organisations (INGOs) of the Council of Europe (Hrsg.): Recommendation CONF/PLE(2017)REC1 adopted by the Conference of INGOs on 27 January 2017 – “Surveillance of lawyers: the need for standards safeguarding client confidentiality”.

⁴⁵ Laufhütte, in: KK-StPO, 7. Aufl. (2013), § 148 Rn. 5.

⁴⁶ Beulke, StPO, 13. Aufl. (2016), Rn. 153; König, StV 2011, 704 (706). Zum Meinungs- und Streitstand: Wessing, in: BeckOK-StPO, Stand: 1.1.2017, § 148 Rn. 1. Zur Ermöglichung eines sog. Erstanbahnungsgesprächs in der Verteidigung Inhaftierter: Schmitz, NJW 2009, 40 (41); Lüderssen/Jahn, in: LR-StPO, 26. Aufl. (2007), § 148 Rn. 7.

⁴⁷ BGH, NJW 2016, 740 („berufsbezogenes Vertrauensverhältnis“ – § 160a Abs. 1 i.V.m. § 53 Abs. 1 Nr. 2 StPO); BGH, NJW 2014, 1314 m. Anm. Roggan = NSTZ-RR 2014, 149 = StV 2014, 388.

⁴⁸ Im Lichte von Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK ist hier ein Rechtsbeistand (Verteidiger) eigener Wahl gemeint, vgl. Grütznert/Pötz/Kreß/Schneider, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 3. Aufl., III D 18, Rn. 25.

⁴⁹ ErwG Nr. 28: „Wenn Verdächtigen oder beschuldigten Personen die Freiheit entzogen wird, sollten die Mitgliedstaaten die notwendigen Vorkehrungen treffen, um sicherzustellen, dass die Betroffenen in der Lage sind, ihr Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand wirksam auszuüben, wozu auch gehört, die Unterstützung durch einen Rechtsbeistand zu ermöglichen, wenn sie keinen Rechtsbeistand haben, es sei denn, sie haben auf dieses Recht verzichtet. Zu diesen Vorkehrungen könnte es unter anderem gehören, dass die zuständigen Behörden für die Unterstützung durch einen Rechtsbeistand anhand einer Liste der zur Verfügung stehenden Rechtsbeistände sorgen, unter denen der Verdächtige oder die beschuldigte Person wählen könnte. Derartige Vorkehrungen könnten gegebenenfalls die Vorkehrungen für die Prozesskostenhilfe umfassen.“

⁵⁰ Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 13), § 147 Rn. 9; Michalke, NJW 2013, 2334.

⁵¹ Vgl. BVerfG, NJW 2010, 1740 = StV 2010, 144 (unter Bezugnahme auf Art. 12 GG).

vom Zeitpunkt seiner Bestellung bzw. Mandatierung im konkreten Strafverfahren die privilegierte Kommunikation mit Beschuldigten und potentiellen Mandanten rechtfertigt. Schließlich ist an herkömmliche Schutzmechanismen (Passwörter etc.) zu denken.

Auch der *EGMR* dürfte Gespräche zwischen einem Tatverdächtigen und einem zur Strafverteidigung Berechtigten und Bereiten schon vor Beginn des eigentlichen Mandatsverhältnisses als geschützt ansehen (ausdrücklich entschieden ist diese Konstellation bislang allerdings noch nicht). Einschlägig für die Vertraulichkeit der Kommunikation Beschuldigter mit einem möglichen Rechtsbeistand (alsbald, ohne Zuhörer⁵², ohne Überwachung, Kontrolle, Aufzeichnung sowie prinzipiell ohne zeitliche Begrenzung)⁵³ ist in erster Linie Art. 8 EMRK. Im Hinblick auf die gegenüber der Gesamtfairness bei Art. 6 EMRK strengere Verhältnismäßigkeitsprüfung (Art. 8 Abs. 2 EMRK) gehen damit höhere Rechtfertigungshürden für Beschränkungen einher.⁵⁴ Der Gerichtshof hat in diesem Zusammenhang wiederholt festgestellt, dass der Schriftverkehr zwischen Anwalt und Inhaftiertem nur dann überwacht werden darf, wenn der begründete Verdacht auf einen Missbrauch besteht, durch den die Sicherheit der Anstalt oder andere Personen gefährdet werden.⁵⁵ Dabei ist insbesondere hervorzuheben, dass der Gerichtshof den Begriff „lawyer“ (und nicht „defence counsel“) wählt, ein Indiz dafür, dass neben bereits bestellten Strafverteidigern auch sonstige Rechtsanwälte, etwa im Rahmen eines Anbahnungsverhältnisses, mit in die von Art. 8 EMRK geforderte Privilegierung einzubeziehen sind.⁵⁶

4. Ergebnis

Im Lichte der durch Art. 6 Abs. 3 und Art. 8 EMRK („Recht auf effektive Verteidigung“) sowie durch die RL 2013/48/EU gesetzten menschenrechtlichen und europarechtlichen Rahmenbedingungen ist die Aufnahme schon im (unmittelbaren) Vorfeld der Mandatierung bzw. Bestellung stattfindender Anbahnungsgespräche in den sachlichen Schutzbereich des § 148 StPO zu befürworten.

Dass sich die Bundesregierung trotz einer diesbezüglichen Entwicklung in der jüngeren höchstrichterlichen Rechtsprechung⁵⁷ in ihrem GesE nicht zu einer klarstellenden

gesetzlichen Regelung des § 148 Abs. 1 StPO zum Schutz der Kommunikation in der ersten Phase einer „Verteidigung“ durchbringen konnte, überrascht.

VI. Gesetzesänderungen im Bereich der Nebenklage

Verletzte, die berechtigt sind, sich dem Strafverfahren im Wege der Nebenklage (§ 395 StPO) anzuschließen, können gem. § 406h StPO auf eine besondere Form des anwaltlichen Beistandes zurückgreifen. Die Befugnisse dieses Rechtsbeistandes gehen bereits nach geltender Rechtslage deutlich über diejenigen des allgemeinen Verletztenbeistandes nach § 406f StPO hinaus.⁵⁸ § 406h Abs. 2 S. 4 StPO-E erweitert diese Befugnisse um ein *Erklärungs- und Fragerecht* nach richterlichen Vernehmungen (zum Problem „nach“ statt „bei“ s.o. bereits unter I.). Dies erscheint wertungsmäßig durchaus konsequent: Wenn man berücksichtigt, dass § 168c Abs. 1, Abs. 2 StPO-E den bei richterlichen Vernehmungen zur Anwesenheit Berechtigten ein Erklärungs- und Fragerecht einräumt, dann sollte dies auch für den ebenfalls anwesenheitsberechtigten Rechtsbeistand des Nebenklagebefugten gelten (vgl. § 406h Abs. 2 S. 3 StPO).⁵⁹ Eine sachgerechte Beschränkung des Fragerechts wird durch die Verweisungsnorm des § 406h Abs. 2 S. 5 StPO-E gewährleistet. Demnach können einzelne Fragen des Rechtsbeistandes unter den Voraussetzungen des § 241 Abs. 2 StPO zurückgewiesen werden; ein gänzlicher Entzug des Fragerechts (vgl. § 241 Abs. 1 StPO) ist hingegen nicht möglich. Der Schutz minderjähriger Zeugen wird über § 241a StPO sichergestellt.

VII. Gewährleistung einer effektiven Verteidigung auch bei einer sog. „Kontaktsperre“ in Terrorismusverfahren

1. Änderungen des § 31 EGGVG

„Eine Strafprozeßgesetzgebung ist um so besser, je mehr sie von dem Prinzip der Gleichheit der Waffen ausgeht, daher auch die Mittel der Vertheidigung begünstigt, weil dann erst die Gewißheit der Schuld als begründet erscheint, wenn die Überzeugung herrschend ist, daß alles angewendet wurde, um die mögliche Unschuld oder die geringere Schuld zu entdecken.“⁶⁰

⁵² *EGMR*, Rybacki/Polen, 13.1.2009, Nr. 52479/99, § 56 („The right of the defendant to communicate with his advocate out of hearing of a third person is part of the basic requirements of a fair trial in a democratic society and follows from Article 6 § 3 (c). (...) However, if a lawyer were unable to confer with his client and receive confidential instructions from him without such surveillance, his assistance would lose much of its effectiveness whereas the Convention is intended to guarantee rights that are practical and effective.”).

⁵³ *EGMR*, Oferta Plus S.R.L./Moldawien, 19.12.2006, Nr. 14385/04, § 145 = NJW 2007, 3409 (zu Art. 34 EMRK).

⁵⁴ *Esser*, in: LR-StPO, 26. Aufl. (2012), Art. 8 EMRK Rn. 163.

⁵⁵ *EGMR*, Campbell / UK, 25.3.1992, Nr. 13590/88, § 48 („contemplated proceedings“ in einem bereits in anderer Sache bestehenden Anwaltsverhältnis).

⁵⁶ *EGMR*, Petrov/Bulgarien, 22.5.2008, Nr. 15197/02, § 43 (obiter dictum): „Correspondence with lawyers, whether it concerns contemplated or pending proceedings or is of a general nature, is in principle privileged under Article 8 of the Convention and its routine scrutiny is not in keeping with the principles of confidentiality and professional privilege attaching to relations between a lawyer and his client.”

⁵⁷ *BGH*, NJW 2014, 1314.

⁵⁸ Vgl. *Schöch*, in: SSW-StPO, 2. Aufl. (2016), § 406g Rn. 1; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl. (2017), § 65 Rn. 16.

⁵⁹ So auch *BT-Drs.* 18/9534, S. 24.

⁶⁰ *Mittermaier*, Anleitung zur Verteidigungskunst im deutschen Strafprozesse und in dem auf Mündlichkeit und Öffentlichkeit gebauten Strafverfahren, mit den Eigenthümlichkeiten der Verteidigung vor Geschworenengerichten, mit Beispielen, 1845, S. 2; s. dazu auch: *Vehling*, StV 1992, 86 (90), der auffordert, sparsam mit Beschränkungen der Verteidigerrechte umzugehen. Der Rechtsstaat entziehe seiner Rechtsprechung sonst die sie legitimierende Kraft.

Schon bei der parlamentarischen Behandlung des ersten Gesetzentwurfs zur Einführung der §§ 31 ff. EGGVG im Jahr 1977 kam die Frage auf, ob mit diesem Vorhaben nicht rechtsstaatliche Grundsätze außer Kraft gesetzt würden. Doch ging das *BVerfG* zum damaligen Zeitpunkt von der Verfassungsmäßigkeit des sog. Kontaktsperre-Gesetzes aus.⁶¹

Seitdem haben sich die strafprozessualen Garantien der von diesen Einschränkungen betroffenen Personen nur wenig verbessert, beispielsweise durch den im Dezember 1985 eingeführten § 34a EGGVG.⁶² Nun liegt mit dem GesE der Bundesregierung ein weiterer Schritt zur „Stärkung“ der Beschuldigtenrechte in diesem speziellen Segment der „Strafprozessordnung“ vor. Die Verhängung einer Kontaktsperre mit dem Verteidiger soll auch in Zukunft dem Regelungskonzept nicht gänzlich entzogen werden, ist aber nur noch unter speziellen Voraussetzungen möglich.

In seiner noch aktuellen Fassung normiert § 31 EGGVG, dass jedwede Verbindung von Gefangenen untereinander und mit der Außenwelt unterbrochen werden kann. Dies betrifft auch den schriftlichen und mündlichen Verkehr mit Strafverteidigern.⁶³

Erforderlich ist eine von einer terroristischen Vereinigung ausgehende gegenwärtige Gefahr für bedeutende Rechtsgüter einer Person und die Gebotenheit der eben bezeichneten Maßnahmen zur Abwehr dieser Gefahr. Ferner darf sich diese Feststellung nur auf Gefangene beziehen, die wegen einer Straftat nach § 129a StGB (i.V.m. § 129b Abs. 1 StGB) rechtskräftig verurteilt sind oder gegen die ein Haftbefehl wegen des Verdachts einer solchen Tat besteht.

Alternativ kann sich die Feststellung auch auf solche Gefangene beziehen, die zwar wegen einer anderen Straftat verurteilt sind oder die wegen Verdachts einer anderen Straftat in Haft sind, gegen die aber der dringende Verdacht besteht, dass sie diese Tat im Zusammenhang mit einer Tat nach § 129a StGB (i.V.m. § 129b Abs. 1 StGB) begangen haben.

Die Regelungen zur Kontaktsperre werden zum größten Teil aufrechterhalten: Eine Gefahrenlage durch terroristische Aktivitäten könne für die Zukunft nicht ausgeschlossen werden.⁶⁴

Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung sieht aber nun Änderungen dahingehend vor, dass im Falle einer verhängten Kontaktsperre der Kontakt mit dem Verteidiger nur im Einzelfall eingeschränkt werden kann. Damit soll

Art. 3 Abs. 1, Abs. 3 und Abs. 6 lit. a RL umgesetzt werden.⁶⁵

Abs. 2 des neuen § 31 EGGVG-E stellt klar, dass eine Feststellung der Kontaktsperre für Gefangene, gegen die die öffentliche Klage noch nicht erhoben wurde oder die rechtskräftig verurteilt sind, auf die Unterbrechung des mündlichen und schriftlichen Verkehrs mit dem Verteidiger erstreckt werden *kann*. Dies soll allerdings nur unter dem engen Rahmen der Vorgaben der RL 2013/48/EU möglich sein, beispielsweise wenn ein sofortiges Handeln erforderlich ist, eine Prüfung der Verstrickung des Verteidigers noch aussteht und nicht klar ist, auf welche Weise der Gefangene mit Außenstehenden kommuniziert.⁶⁶ Dies dient der Stärkung des Rechts auf Zugang zu einem Rechtsbeistand entsprechend der RL 2013/48/EU.⁶⁷

Die Richtlinie 2013/48/EU sieht die Möglichkeit einer Abweichung vom Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand nur vorübergehend unter außergewöhnlichen Umständen und nur im vorgerichtlichen Stadium vor. Kumulativ müssen die in Art. 3 Abs. 6 lit. a und b RL genannten Punkte berücksichtigt werden. Diese Ausgestaltung ist auch vor dem Hintergrund der RL-ErWg Nr. 19, 23, 44 zu sehen. Ab rechtskräftiger Verurteilung findet die Richtlinie keine Anwendung mehr, Art. 2 Abs. 1 RL.⁶⁸

Dem RefE-BMJV nach genügen die Voraussetzungen für eine Feststellung nach § 31 Abs. 1 EGGVG auch den Vorgaben von Art. 3 Abs. 6 lit. a RL, an den auch § 31 Abs. 2 EGGVG anknüpft.⁶⁹ Auch Art. 8 Abs. 1 RL soll gewahrt sein, da es sich bei einer Kontaktsperre stets um eine vorübergehende Maßnahme handelt, § 36 EGGVG.⁷⁰

An der Gebotenheit der Feststellung einer Kontaktsperre hinsichtlich des Verkehrs zwischen Gefangenen und Verteidiger kann es fehlen, wenn der Verteidiger in den Kommunikationsfluss involviert ist und ein Ausschluss desselben nach § 138a Abs. 2 StPO im Raum steht.⁷¹ Damit ruhen die Rechte des Verteidigers aus §§ 147, 148 StPO bis zur Entscheidung über die Ausschließung; die Frage nach der Einbeziehung des Kontakts zum Verteidiger in die Kontaktsperre stellt sich dann nicht mehr.⁷²

Hinsichtlich der Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und der Bedeutung eines unüberwachten Mandanten-Verteidiger-Kontakts findet die Neugestaltung Zuspruch.⁷³ Die Umsetzung der RL 2013/48/EU hätte ferner Anlass geboten, über die vollständige Aufhebung der Vorschriften zur sog. Kontaktsperre nachzudenken. Darüber, dass die Regelungen nun doch als strafprozessuale „Reserve“ erhalten bleiben sollen, kann nur der Umstand hinwegtrösten, dass durch den Gesetzesentwurf

⁶¹ BVerfGE 49, 24; dazu ausf. *Putzer*, Terror und Verfahren: Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Gewährleistung justizieller Grundrechte anhand verfassungsrechtlicher und höchstrichterlicher Rechtsprechung in Deutschland und Israel, 2015, 122 ff.

⁶² Zum Ganzen: *Mayer*, in: KK-StPO, 7. Aufl. (2013), § 31 EGGVG Rn. 5.

⁶³ *Mayer*, in: KK-StPO, 7. Aufl. (2013), § 31 EGGVG Rn. 27.

⁶⁴ BT-Drs. 18/9534, S. 25; RefE-BMJV (Fn. 1), S. 23.

⁶⁵ BT-Drs. 18/9534, S. 25; s. auch: RefE-BMJV (Fn. 1), S. 23.

⁶⁶ BT-Drs. 18/9534, S. 26; s. auch: RefE-BMJV (Fn. 1), S. 25.

⁶⁷ BT-Drs. 18/9534, S. 1, 25.

⁶⁸ Siehe auch den Gesetzesentwurf der Bundesregierung 18/9534 v. 5.9.2016, S. 15.

⁶⁹ BT-Drs. 18/9534, S. 26; RefE-BMJV (Fn. 1), S. 25.

⁷⁰ Zu Recht kritisch *Grützner/Pötz/Kreß/Schneider*, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 3. Aufl., III D 18, Rn. 98.

⁷¹ BT-Drs. 18/9534, S. 26; RefE-BMJV (Fn. 1), S. 25.

⁷² BT-Drs. 18/9534, S. 26; RefE-BMJV (Fn. 1), S. 25.

⁷³ Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK), Nr. 40/2016, S. 5.

endlich eine weitergehende rechtsstaatlich orientierte Ausgestaltung der Vorschriften erfolgt. Die Kritik, dass solche Beschränkungen des Rechtes auf Zugang zu einem Verteidiger weiterhin möglich sind, trifft daher schon die RL 2013/48/EU selbst und nicht den Gesetzentwurf.

2. Sonstige Änderungen des EGGVG

Art. 8 Abs. 2 RL wird durch die Ergänzung eines zweiten Satzes in § 33 EGGVG-E umgesetzt.⁷⁴ Vorübergehende Abweichungen nach Art. 3 Abs. 5 oder 6 RL können danach nur im Wege einer ordnungsgemäß begründeten Einzelfallentscheidung entweder von einer Justizbehörde oder von einer anderen Behörde genehmigt werden; bei letzterer aber nur dann, wenn eine richterliche Kontrolle ermöglicht wird. In entsprechender Anwendung des § 37 Abs. 3 EGGVG sollen solche Tatsachen und Umstände nicht in die Begründung aufgenommen werden, deren Mitteilung den Zweck der Unterbrechung der Verbindung gefährden würde.⁷⁵

Auch § 34 EGGVG-E sieht einzelne Veränderungen vor.⁷⁶ Diese Folgeänderungen resultieren daraus, dass der Kontakt des Gefangenen zu seinem Verteidiger grundsätzlich nicht mehr von der Feststellung nach § 31 EGGVG-E umfasst sein soll.⁷⁷

Im Falle einer Kontaktsperre mit dem Verteidiger gewährleistet § 34a EGGVG der betroffenen Person auf Antrag einen Rechtsanwalt als Kontaktperson zu erhalten. Diese Vorschrift stellt – als Kompensationsgedanke⁷⁸ – eine Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dar.

3. Gesamtbewertung

Die Vorschriften der §§ 31 ff. EGGVG sahen sich schon am Tag ihrer parlamentarischen Debatte großer Kritik ausgesetzt.⁷⁹ Seit diesem Zeitpunkt ist der Gesetzgeber schrittweise zurückgerudert und hat die Verfahrensrechte der unter die Norm fallenden Personen partiell dem „Standard“ der StPO angepasst. Mit dem aktuellen Gesetzesvorschlag begeht die Bundesregierung diesen Weg weiter und ermöglicht Kontaktsperren des Gefangenen mit seinem Verteidiger nur noch im Einzelfall. Bedauernswert ist, dass dies keinem Umdenken geschuldet ist, sondern vielmehr dem Umsetzungsdruck der den Ausführungen zugrundeliegenden RL 2013/48/EU.

Der größte Teil der potentiellen Anwendungsfälle der Kontaktsperre – vor allem zwischen Mitgefangenen und Gefangenen mit der Außenwelt – bleibt aufrechterhalten. Die Effektivität und Legitimität einer Rechtsvorschrift muss sich aber auch an ihrer Praxistauglichkeit messen lassen. Hier ist festzustellen, dass die Regelungen der §§ 31 ff. EGGVG reines Reserverecht sind, deren gänzliche Abschaffung längst überfällig ist. Schon die §§ 138a Abs. 2 StPO und § 148 Abs. 2 StPO sehen hinreichende Maßnahmen zu einer effektiven Kontrolle unzulässigen Verteidigerhandelns vor. Verglichen damit konstruieren

die §§ 31 ff. EGGVG im Bereich terroristischer Straftaten Verfahrensvorschriften, die rechtsstaatliche Standards konterkarieren und sich an der Grenze der Gewährleistung eines Mindestmaßes an Beschuldigtenrechten bewegen.

So schnell und „reaktionär“, wie die §§ 31 ff. EGGVG im damaligen historischen Kontext⁸⁰ geschaffen wurden, so mühselig verläuft der momentane „Rückbau“ dieser Sonderbestimmungen. Der Gesetzgeber täte gut daran, die Vorschriften zur Kontaktsperre endgültig über Bord zu werfen und die Beschuldigtenrechte auch im Bereich der Terrorismusabwehr auf die Standards der StPO zurückzuführen.

VIII. Effektiver Zugang zum Rechtsbeistand bei der Festnahme auf der Grundlage eines Europäischen Haftbefehls

Da die Richtlinie 2013/48/EU über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand nicht nur das klassische „Strafverfahren“, sondern auch „Verfahren zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls“ zum Gegenstand hat, war die Bundesregierung gehalten, auch das IRG auf einen entsprechenden Änderungsbedarf hin zu kontrollieren. Die RL normiert allerdings nur Rechte im sog. Vollstreckungsstaate (einer Rechtshilfe), die Maßnahmen im Anordnungsstaat regelt die RL dagegen nicht.

Es ist verwunderlich, dass der Gesetzentwurf der Bundesregierung einerseits im Bereich der StPO um eine hinreichende Klarstellung des Zugangsrechts des Beschuldigten zu einem Verteidiger pp. bemüht ist, andererseits im Bereich der Internationalen Rechtshilfe in Strafsachen glaubt, sich auf die „Generalklausel“ des § 40 Abs. 1 IRG („Der Verfolgte kann sich in jeder Lage des Verfahrens eines Beistands bedienen.“) und den „Pauschalverweis“ in § 77 IRG auf die Vorschriften der StPO beschränken zu können.

Gerade durch die sorgsame Klarstellung von Zugangs- und Kommunikationsstandards im Bereich der StPO einerseits und der Zurückhaltung des Gesetzentwurfs im Kontext des IRG werden neue künstliche „Widersprüche“ erzeugt, die Anlass geben könnten, über einen abgeschwächten „Verfolgten“-Standard im Bereich des IRG zu spekulieren.

Art. 10 Abs. 3 RL ordnet zwar selbst auch nur eine *entsprechende Geltung* der in Art. 4 bis 7 und Art. 9 der RL geregelten Rechte auf das Verfahren zur Vollstreckung eines EuHb an. Während es für eine umsetzungspflichtige RL gerade noch angehen mag, sich auf einen solchen pauschalen Verweis zu beschränken, ist das für die konkrete gesetzliche Ausgestaltung im nationalen Recht nicht mehr akzeptabel.

Dies gilt gerade vor dem Hintergrund, dass §§ 21, 22 IRG

⁷⁴ BT-Drs. 18/9534, S. 27; RefE-BMJV (Fn. 1), S. 26.

⁷⁵ BT-Drs. 18/9534, S. 27; RefE-BMJV (Fn. 1), S. 26.

⁷⁶ Siehe BT-Drs. 18/9534, S. 8 f., 27.

⁷⁷ BT-Drs. 18/9534, S. 27; RefE-BMJV (Fn. 1), S. 26.

⁷⁸ BT-Drs. 18/9534, S. 27 sowie den RefE-BMJV (Fn. 1), S. 26 f. („Ausgleich“).

⁷⁹ Mayer, in: KK-StPO, 7. Aufl. (2013), § 31 EGGVG Rn. 5.

⁸⁰ Mayer, in: KK-StPO, 7. Aufl. (2013), § 31 EGGVG Rn. 2-5.

die Vorführungsmodalitäten einschließlich der dort zu beachtenden Hinweispflichten recht elaboriert umschreiben. Dass sich dann über §§ 77, 78 IRG weitere Formalitäten erst über die StPO erschließen lassen sollen, steht daher für einen unbefangenen Betrachter zunächst einmal nicht zu vermuten. Beide Vorschriften vermitteln eher den Eindruck einer abschließenden Regelung, die lediglich durch die „Generalklausel“ des § 40 Abs. 1 IRG ergänzt wird.

Vorzugswürdig wäre daher auch bei den §§ 21, 22, 40 IRG in Bezug auf die dort für den „Verfolgten“ abstrakt garantierte Möglichkeit eines Beistands die Formulierung von konkreten Zugangs- und Mitwirkungsrechten, in Anlehnung an die vorgeschlagenen Klarstellungen in den §§ 136, 163a, 168c StPO.

Wie bei § 31 EGGVG scheint auch im IRG ein expliziter Hinweis auf § 148 StPO geboten.

IX. Jugendlicher Tatverdächtiger, dem die Freiheit entzogen wird – Unterrichtung des Erziehungsberechtigten pp.

1. Vorgaben der RL 2013/48/EU

Art. 5 Abs. 2 S. 1 RL verlangt eine „möglichst rasch[e]“ Information der „Person, die Inhaberin der elterlichen Verantwortung für das Kind ist, [...] von dem Freiheitsentzug und den Gründen hierfür“.⁸¹ Zwar stellt Art. 5 Abs. 2 S. 1 RL darauf ab, dass „es sich bei dem Verdächtigen oder der beschuldigten Person um ein Kind“ handelt. Art. 5 Abs. 2 S. 2 RL orientiert sich an den internationalen Vorgaben der UN-Konvention über die Rechte des Kindes (Convention on the Rights of the Child, CRC)⁸² und präzisiert, dass als „Kind“ im Sinne der Vorschrift jede Person anzusehen ist, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat. Erfasst sind damit also *Jugendliche* im Sinne des § 1 Abs. 2 JGG.

Art. 5 Abs. 3, Abs. 4 RL regeln, unter welchen Voraussetzungen Ausnahmen von der in Absatz 2 statuierten Benachrichtigungspflicht zulässig sind.

2. Bewertung der Kernregelung, § 67a JGG-E

Der geplante § 67a JGG dient der Umsetzung von Art. 5 Abs. 2 bis 4 RL und sieht die Unterrichtung der Erziehungsberechtigten und der gesetzlichen Vertreter eines Jugendlichen vor, dem die Freiheit entzogen wird. Eine

solche generelle Mitteilungspflicht ist im geltenden Recht bislang nicht *ausdrücklich* geregelt.⁸³ Zwar sind gesetzlich vorgesehene Mitteilungen an den Beschuldigten gem. § 67 Abs. 2 JGG auch an den Erziehungsberechtigten und den gesetzlichen Vertreter zu richten. Eine Pflicht⁸⁴ zur Benachrichtigung bei *Freiheitsentziehungen* lässt sich § 67 Abs. 2 JGG jedoch nicht entnehmen.⁸⁵ Dass derartige Mitteilungen in der Praxis bereits üblich sind,⁸⁶ dürfte zum Teil auch damit zusammenhängen, dass die bundeseinheitlichen „Richtlinien zum Jugendgerichtsgesetz“ (RiJGG)⁸⁷ eine Benachrichtigung der Erziehungsberechtigten von der Ladung zum Antritt des Jugendarrests⁸⁸ bzw. der Jugendstrafe⁸⁹ vorsehen.

Angeboten hätte sich darüber hinaus die Einbettung der neuen Vorschrift in die Umsetzung der RL 2016/800 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.5.2016 über „Verfahrensgarantien in Strafverfahren für Kinder, die Verdächtige oder Beschuldigte in Strafverfahren sind“^{90, 91} Art. 5 dieser Richtlinie enthält detaillierte Vorgaben zum „Recht des Kindes auf Information des Trägers der elterlichen Verantwortung“. Angesichts der laufenden Frist für die Umsetzung der RL 2013/48/EU hat sich die Bundesregierung verständlicherweise gegen ein Abwarten entschieden.

In Anlehnung an Art. 5 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 RL („*informiert wird*“) formuliert § 67a Abs. 1 JGG-E, dass „*der Erziehungsberechtigte und der gesetzliche Vertreter so bald wie möglich über den Freiheitsentzug und die Gründe hierfür zu unterrichten*“ sind.

Eine Benachrichtigung dieser Personen hat jedoch zu unterbleiben, wenn sie dem Wohl des Kindes abträglich wäre (Art. 5 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 RL). Dieser Vorgabe wird durch § 67a Abs. 2 S. 1 JGG-E Rechnung getragen: Da der bereits bestehende § 67 Abs. 4 JGG auf derartige Gefährdungen des Kindeswohls reagiert, nimmt § 67a Abs. 2 S. 1 JGG-E diese Vorschrift über einen Verweis in Bezug.⁹²

In dieser Konstellation ist stattdessen „*ein anderer geeigneter Erwachsener zu informieren*“ (Art. 5 Abs. 2 S. 1 Hs. 3 RL). Diese Vorgabe soll mit § 67a Abs. 2 S. 2 JGG-E umgesetzt werden, der – unter Berücksichtigung von RL-ErwG Nr. 55 – auf die Unterrichtung „*eine[r] andere[n] für den Schutz der Interessen des Jugendlichen geeignete[n] volljährige[n] Person*“ abstellt.

⁸¹ Vgl. dagegen Art. 5 Abs. 1 RL („benachrichtigen zu lassen“).

⁸² Die CRC (BGBl. 1992 II, S. 122 ff.) wurde am 20.11.1989 von der UN-Generalversammlung verabschiedet (Resolution 44/25) und trat am 2.9.1990 völkerrechtlich in Kraft. In Deutschland beansprucht die CRC seit 5.4.1992 Geltung (BGBl. 1992 II, S. 990).

⁸³ So auch BT-Drs. 18/9534, S. 21, 28.

⁸⁴ Dies gilt, obwohl § 67 Abs. 2 JGG als Soll-Vorschrift konzipiert ist, vgl. *Sommerfeld*, in: NK-JGG, 10. Aufl. (2016), § 67 Rn. 8; differenzierend (in Bezug auf die Revision): *Eisenberg*, JGG, 19. Aufl. (2017), § 67 Rn. 30; *Trüg*, in: HK-JGG, 2. Aufl. (2014), § 67 Rn. 15.

⁸⁵ Die Begründung des GesE (BT-Drs. 18/9534, S. 21) verweist hingegen auf die „wohl herrschende Meinung in der jugendstrafrechtlichen Literatur“, allerdings ohne dies im Einzelnen näher zu belegen. Zum Anwendungsbereich des § 67 Abs. 2 JGG vgl. *Trüg*, in: HK-JGG, 2. Aufl. (2014), § 67 Rn. 14; *Sommerfeld*, in: NK-JGG, 10. Aufl. (2016), § 67 Rn. 8.

⁸⁶ Vgl. BT-Drs. 18/9534, S. 21.

⁸⁷ Eingeführt etwa in Bayern durch Bek. v. 21.6.1994 (JMBl. S. 88); in Berlin durch AV v. 12.7.1994 (ABl. S. 2313); in NRW durch AV v. 8.6.1994 (JMBl. S. 157).

⁸⁸ Richtlinien zu §§ 82-85 JGG, V. Nr. 6.

⁸⁹ Richtlinien zu §§ 82-85 JGG, VI. Nr. 4.

⁹⁰ ABl. EU Nr. L 132 v. 21.5.2016, S. 1.

⁹¹ So auch die Stellungnahme der DVJJ v. 28.4.2016; *Sommerfeld*, ZJJ 2016, 36 (38).

⁹² BT-Drs. 18/9534, S. 29.

Über die Vorgaben der (mindestharmonisierenden) Richtlinie hinaus sieht § 67a Abs. 2 S. 3 JGG-E vor, dass dem Jugendlichen zuvor Gelegenheit gegeben werden soll, eine volljährige Person seines Vertrauens zu bezeichnen. Dem muss jedoch nicht zwingend Folge geleistet werden; entscheidend bleibt stets die Eignung der benannten Person zur sachgerechten Wahrnehmung der Interessen des Jugendlichen.⁹³

Eine vorübergehende Abweichung von der Mitteilungspflicht erlaubt Art. 5 Abs. 3 RL bei „dringende[r] Notwendigkeit der Abwehr einer Gefahr für Leib oder Leben oder für die Freiheit einer Person“ (lit. a) oder bei „dringende[r] Notwendigkeit der Abwendung einer erheblichen Gefährdung eines Strafverfahrens“ (lit. b).

Einen lit. a entsprechenden Ausnahmetatbestand kennt das deutsche Strafverfahrensrecht nicht.⁹⁴ Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die Abweichungsmöglichkeit eine Beeinträchtigung des mit der Mitteilungspflicht korrespondierenden Mitteilungsrechts darstellt. Da die Richtlinie nur Mindeststandards festlegt, soll der Gesetzentwurf nach dem Willen der Bundesregierung ein höheres Schutzniveau beibehalten und von einer Umsetzung des Art. 5 Abs. 3 lit. a RL absehen.⁹⁵

Hingegen ermöglicht § 67a Abs. 3 S. 1 JGG-E in Übereinstimmung mit Art. 5 Abs. 3 lit. b RL und in Anlehnung an § 114c Abs. 1 StPO eine vorübergehende Abweichung von der Mitteilungspflicht, „sofern der Zweck der Untersuchung durch sie [die Unterrichtung] erheblich gefährdet würde“.

Bei einer vorübergehenden Abweichung von der Mitteilungspflicht regelt Art. 5 Abs. 4 RL, dass „eine für den Schutz oder das Wohlergehen von Kindern zuständige Behörde unverzüglich von dem Freiheitsentzug des Kindes unterrichtet“ werden muss. Dieser Vorgabe entspricht § 67a Abs. 3 S. 2 JGG-E. Demnach besteht eine Pflicht zur unverzüglichen Unterrichtung der Jugendgerichtshilfe, zu deren Aufgaben unter anderem auch die Unterstützung jugendlicher Beschuldigter gehört (vgl. § 38 Abs. 2 JGG, § 52 SGB VII).

Ein gewisses Spannungsverhältnis ergibt sich insoweit allerdings hinsichtlich der bereits im geltenden Recht vorgesehenen Unterrichtung der Jugendgerichtshilfe in Haft-sachen gemäß § 72a JGG, während § 67a Abs. 3 S. 2 JGG-E ganz allgemein für Freiheitsentziehungen gelten

soll. Nach der Entwurfsbegründung soll § 72a JGG jedoch von § 67a Abs. 3 S. 2 JGG-E unberührt bleiben, sodass die Benachrichtigungspflichten im Einzelfall durchaus zusammenfallen können.⁹⁶

3. Ergänzende Regelungen (Folgeänderungen)

Der Entwurf sieht vor, § 67a JGG-E in die abschließende Aufzählung des § 78 Abs. 3 S. 2 JGG aufzunehmen. Dadurch wird sichergestellt, dass die Vorschrift auch im vereinfachten Jugendverfahren Anwendung findet, weil sie der in § 78 Abs. 3 S. 1 JGG geregelten Abweichungsbefugnis des Gerichts entzogen wird.

Darüber hinaus ist geplant, dass § 67a JGG-E auch in solchen Verfahren gegen Jugendliche Anwendung finden soll, die vor den für allgemeine Strafsachen zuständigen Gerichten stattfinden. Regelungstechnisch wird dies durch die Aufnahme des § 67a JGG-E in den Katalog des § 104 Abs. 1 JGG erreicht.

4. Vereinbarkeit mit Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG (Erziehungsrecht)

Die Beteiligung der Erziehungsberechtigten am Jugendstrafverfahren ist nicht nur zweckmäßig, sondern aufgrund Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG auch verfassungsrechtlich geboten.⁹⁷ Der BGH hat früh betont: „Wo der Strafrichter erzieherisch eingreift, soll er an den kraft Familienbindung und Gesetz erziehungsberechtigten Personen nicht vorbeigehen.“⁹⁸ Die in § 67a JGG-E vorgesehene Benachrichtigung und die flankierenden Folgeänderungen lassen sich damit auch als Ausprägung und Mittel zur Verwirklichung der besonderen Rechtsstellung der Erziehungsberechtigten im Jugendstrafverfahren interpretieren.

Andererseits ist zu berücksichtigen, dass das Erziehungsrecht keineswegs absolut gewährleistet wird. So hat beispielsweise der EGMR im Fall *Görgülü*⁹⁹ hervorgehoben, dass das Wohl des Kindes die letztlich zu treffende Abwägungsentscheidung ganz maßgeblich beeinflusst.¹⁰⁰ Die Belange der Erziehungsberechtigten müssen damit unter Umständen hinter den Interessen und dem Wohl des Jugendlichen zurücktreten.¹⁰¹ Das „staatliche Wächteramt“ (Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG) kommt dann zum Tragen, wenn die Eltern ihrer Verantwortung gegenüber dem Jugendlichen nicht gerecht werden, „weil sie nicht bereit oder in der Lage sind, ihre Erziehungsaufgabe wahrzunehmen“.

⁹³ A.a.O., S. 29.

⁹⁴ A.a.O., S. 16.

⁹⁵ A.a.O., S. 16.

⁹⁶ BT-Drs. 18/9534, S. 29.

⁹⁷ BVerfGE 107, 104 = NJW 2003, 2004; Hofmann, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hennecke, GG, 13. Aufl. (2014), Art. 6 EMRK Rn. 44; Eisenberg (Fn. 84), § 67 Rn. 4. Eine vergleichbare verfahrensrechtliche Gewährleistung lässt sich Art. 8 Abs. 1 EMRK (Recht auf Achtung des Familienlebens) entnehmen, denn der EGMR (W/UK, 8.7.1987, Nr. 9749/82, § 61, NJW 1991, 2199) verlangt, dass Elternteile bei Entscheidungsprozessen (insbesondere bei Fürsorge- und Unterbringungsmaßnahmen) so ausreichend beteiligt werden, dass ihre Interessen hinreichend geschützt sind, vgl. auch Meyer-Ladewig/Nettesheim, in: HK-EMRK, 4. Aufl. (2017), Art. 8 Rn. 120.

⁹⁸ BGHSt 18, 21 (25).

⁹⁹ EGMR, 26.2.2004, Nr. 74969/01, NJW 2004, 3397.

¹⁰⁰ EGMR, Görgülü/Deutschland (Fn. 99), NJW 2004, 3397 (3398); vgl. auch Meyer-Ladewig/Nettesheim, in: HK-EMRK, 4. Aufl. (2017), Art. 8 Rn. 119.

¹⁰¹ Vgl. Eisenberg (Fn. 84), § 67 Rn. 4.

men, oder weil ihre eigenen Verfehlungen das Kindeswohl auf Dauer erheblich gefährden¹⁰². Da die in § 67a Abs. 1 JGG-E vorgesehene Benachrichtigungspflicht nur unter den oben dargestellten strengen Voraussetzungen des § 67a Abs. 2, Abs. 3 JGG-E eingeschränkt werden kann, dürfte die Regelung als verfassungsrechtskonform einzustufen sein. Der Gesetzgeber trifft letztlich einen am Kindeswohl orientierten, schonenden Ausgleich zwischen den widerstreitenden Belangen.¹⁰³

X. „Verzicht“ auf Beschuldigtenrechte

Art. 9 RL normiert Voraussetzungen, bei deren Vorliegen ein Verzicht des Beschuldigten auf seine in den vorangegangenen Artikeln normierten Zugangs- und Verteidigungsrechte angenommen werden kann. Die Regelung trägt damit der Rechtsprechung des EGMR Rechnung, die strenge Anforderungen an die Annahme eines Verzichts des Beschuldigten auf die ihm durch die EMRK verbürgten Rechte stellt.

Ob § 136 Abs. 1 StPO – der Vorgabe von Art. 9 Abs. 1 lit. a RL („*Der Verdächtige oder die beschuldigte Person hat mündlich oder schriftlich eindeutige und ausreichende Informationen in einfacher und verständlicher Sprache über den Inhalt des betreffenden Rechts und die möglichen Folgen eines Verzichts auf dieses Recht erhalten*“) entspricht, kann man durchaus in Zweifel ziehen, zumindest mitunter in der praktischen Umsetzung. Hinsichtlich Art und Form der Verzichtserklärung bleiben die Vorgaben der RL leider recht kryptisch („*freiwillig*“, „*unmissverständlich*“, „*schriftlich oder mündlich*“). Immerhin müssen neben der Verzichtserklärung selbst auch deren „*Umstände*“ – unter Verwendung des Verfahrens für Aufzeichnungen nach dem jeweiligen nationalen Recht – *schriftlich* festgehalten werden. Zu einem Petition für eine audiovisuelle Aufzeichnung hat sich die Richtlinie leider nicht durchbringen können.

Bezüglich Art. 9 RL hat die Bundesregierung – soweit ersichtlich – keinen Umsetzungsbedarf gesehen.¹⁰⁴ Dabei geht die Begründung des Gesetzentwurfs allerdings von einem sehr formalen, engen Begriff des *Verzichts* aus. Zwar ist es im Ansatz richtig, im Nichtgebrauch eines Rechtes keinen „Verzicht“ auf eben dieses Recht zu sehen. Ob man von diesem formalen Ansatz jedoch – gerade zur „Stärkung“ der Beschuldigtenrechte – nicht doch abweichen sollte und ggf. sogar müsste, wäre allerdings zu überdenken, vor dem Hintergrund der in Art. 9 Abs. 2 und

Abs. 3 S. 1 RL mittelbar zum Ausdruck gebrachten Dokumentationspflichten und der Pflicht, den Beschuldigten, auf die Möglichkeit eines „Widerrufs“ eines erklärten „Verzichts“ eines durch die RL garantierten Rechts zu informieren. Ein geeigneter Ort für eine diesbezügliche Klarstellung wären die Belehrungspflichten des § 136 StPO.

XI. Fazit

Der Entwurf der Bundesregierung für ein Zweites Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren setzt die Vorgaben der RL 2013/48/EU in der Sache zutreffend um und beseitigt damit „Lücken“ im System der StPO, die bislang nur über die Rechtsprechung und eine dem Beschuldigtenschutz Rechnung tragende Rechtspraxis zu schließen waren.

Am Bedarf der entsprechenden Änderungen und Ergänzungen in der StPO besteht kein Zweifel. Die Qualität eines Gesetzes kommt nicht zuletzt in seiner inneren Konsistenz und einer nach außen dokumentierten Widerspruchsfreiheit zum Ausdruck. Mehrfach hat etwa der EGMR in ganz unterschiedlichem Kontext die „Vorhersehbarkeit“ einer gesetzlichen Regelung als Kriterium für deren rechtsstaatliche Qualität hervorgehoben. Diesem Anspruch genügen die §§ 136, 163a, 168c StPO in ihrer derzeitigen Ausgestaltung leider nicht. Zusätzlicher Anpassungsbedarf besteht hinsichtlich der Aufnahme einer klarstellenden Regelung in § 148 StPO zu sog. Anbahnungsgesprächen im Vorfeld der Begründung eines Verteidigungsverhältnisses. Ebenso wäre eine gesetzliche Regelung für den Verzicht auf Beschuldigtenrechte in Anlehnung an Art. 9 RL wünschenswert.

Klarstellender gesetzlicher Anpassungsbedarf besteht ferner im Bereich der Internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, speziell bei den §§ 21, 22, 40 IRG. Der Verweis in § 77 Abs. 1 IRG auf die StPO und damit letztlich auch auf die „Stärkung“ des Beschuldigtenschutzes durch den aktuellen GesE liefert keine Klarstellung, sondern im Gegenteil eher neuen Nährboden für Spekulationen darüber, dass im Bereich der Internationalen Rechtshilfe gegenüber dem strafprozessualen Beschuldigtenschutz abgeschwächte Standards gelten könnten. Solchen Gedanken will die RL 2013/48/EU durch ihren in diesem Punkt bewusst weiten sachlichen Anwendungsbereich (Art. 2) gerade entgegenwirken.

¹⁰² BVerfGE 107, 104 (117) = NJW 2003, 2004 (2005).

¹⁰³ Krit. hingegen Sommerfeld, ZJJ 2016, 36 (37 f.).

¹⁰⁴ BT-Drs. 18/9534, S. 17.