

**Rechtsanwalt  
Stefan Conen  
Meinekestr. 3  
10781 Berlin**

**Mitglied im Strafrechtsausschuss  
des DAV**

## **Stellungnahme zu Anhörung im Rechtsausschuss zur Notwendigen Verteidigung (Drucks. 19/13829)**

Die Richtlinie 2016/1919/EU als Maßnahme C der Roadmap der Beschuldigtenrechte formuliert staatlich zu gewährleistende Mindeststandards einer Pflichtverteidigung.

Sie stellt Ansprüche an die Gewährleistung anwaltlicher Dienste und nimmt die Anwaltschaft damit letztlich nicht minder in die Pflicht als die Mitgliedsstaaten, die für die Umsetzung Sorge zu tragen haben. Der vorliegende Regierungsentwurf ist ein Rückschritt gegenüber dem ursprünglichen Referentenentwurf, der noch eine behutsame, indes stringente Erweiterung des bisherigen Systems der Pflichtverteidigung in richtlinienkonformer Weise in Aussicht nahm. Ging dieser zwar auch an manchen Punkten nicht konsequent und weit genug, war ihm das Bemühen, die europäisch vorgesehenen Mindeststandards umzusetzen jedenfalls nicht abzusprechen.

Davon kann nun nicht mehr die Rede sein. Der Regierungsentwurf verabschiedet sich für den von der Richtlinie vorgesehenen Verteidiger der ersten Stunde vom System der notwendigen Verteidigung auch als rechtsstaatlicher Verfahrenslegitimation (dazu unter **1.**).

Die Gelegenheit, von der Rechtsprechung entwickelte Fallgruppen der notwendigen Verteidigung zu kodifizieren wird leider weitgehend versäumt (dazu unter **2.**).

Ebenso verkennt der Entwurf die Intention der Richtlinie 2013/48, dessen Einschränkungsmöglichkeiten eines Anwaltszugangs schlicht auf Fälle der Pflichtverteidigung übertragen werden, bei denen der Zugang zum Anwalt indes uneingeschränkt zu gewährleisten ist (dazu unter **3.**).

Eine an der Intention der Richtlinie orientierte Neuerung im System der Notwendigen Verteidigung wäre es, die Richterschaft (und entgegen der künftigen Überlegung des Entwurfs für Eilfälle auch die Staatsanwaltschaft) von der rechtsstaatlich nicht unbedenklichen Pflicht eines individuellen Auswahlermessens zur Benennung von Verteidigern zu befreien. Der DAV sowie weitere Anwaltsverbände schlagen hier ein rotierendes System beizuordnender Verteidiger analog den Hilfsschöffenlisten vor, um das bisherige zu ersetzen (dazu unter **4.**).

Grundsätzlich zuzustimmen ist dem Ansatz des Entwurfs, die Autonomie und das Vertrauen des Beschuldigten in einen von ihm bezeichneten Anwalt, dessen Beordnung er wünscht, grundsätzlich stets zu respektieren. Die im Entwurf angelegte Möglichkeit von diesem Grundsatz abzuweichen, erscheint jedoch in einzelnen Konstellationen ebenso vorschnell wie der Ansatz untauglich, die von der Richtlinie geforderte Qualitätssicherung anwaltlicher Verteidigungsqualifikation durch reine Interessenbekundungen (gleichviel aus welchem Grunde) interessierter Anwälte zu gewährleisten (dazu unter **5.**).

Die Möglichkeit der Auswechslung eines einmal beigeordneten Anwalts ist für einen mit seinem Verteidiger unzufriedenen Beschuldigten seitens der Rechtsprechung unzumutbar beschränkt worden. Der Entwurf trägt der Notwendigkeit erleichterter Auswechslungsmöglichkeiten unter dem Regime des Art. 7 Abs. 4 der

Richtlinie aber ebenfalls unzureichend Rechnung. Diese sind zu erweitern und müssen insbesondere mindestens bis zur Eröffnung des Hauptverfahrens bestehen, um den Anforderungen Genüge zu tun (vgl. hierzu 6.)

Im Einzelnen:

### **1. Streichung notwendiger Verteidigung „der ersten Stunde“ entgegen der Richtlinienintention**

Der vormalige Referentenentwurf indizierte in § 141 Abs. 1 Nr. 3 E-StPO - systematisch stringent - einen Fall notwendiger Verteidigung und mithin gebotener anwaltlicher Beiordnung zum Zeitpunkt der erstmaligen polizeilichen Vernehmung einer iSd § 140 StPO beschuldigten Person. Nach dem nunmehr vorgelegten Regierungsentwurf soll eine entsprechende Feststellung und Beiordnung künftig grundsätzlich von einer entsprechenden Antragstellung des Beschuldigten abhängig gemacht werden. Dies bedeutet einen Bruch im bisherigen System der notwendigen Verteidigung.

Der Referentenentwurf des BMJV war noch von der Einsicht geprägt, dass

„die PKH-Richtlinie Vorgaben hinsichtlich des Zeitpunkts der Verteidigerbestellung (Artikel 4 Absatz 5) [enthält...], die Anpassungen im deutschen Recht erfordern“.

Er hatte hieraus zutreffend abgeleitet, dass von Amts wegen

„die Entscheidung über die Beiordnung eines Pflichtverteidigers regelmäßig vor einer Befragung durch die Polizei, eine andere Strafverfolgungsbehörde oder eine Justizbehörde oder vor der Durchführung einer Gegenüberstellung mit dem Beschuldigten zu treffen ist“.

Diese systematisch stringente Umsetzung gibt der Regierungsentwurf nunmehr auf. Als Folge zieht sich der Staat künftig teilweise aus der im System der notwendigen Verteidigung angelegten paternalistischen Verantwortung zurück, Verteidigung (auch im Sinne einer Verfahrenslegitimation) zu gewährleisten und selbige gemäß der Richtlinienintention früh zu garantieren. Stattdessen soll es dem Beschuldigten überantwortet werden, sich des normativ für notwendig erachteten Beistands auch in prekärer Lage, nämlich bei potentiell erstmaliger polizeilicher Konfrontation mit einem Tatvorwurf selbst zu versichern, indem er einen entsprechenden Antrag stellt.

Dies steht im Kontrast zur Intention der Richtlinie, gemäß deren Erwägungsgrund 19

„die zuständigen Behörden die Prozesskostenhilfe unverzüglich und spätestens vor der Befragung der betroffenen Person durch die Polizei, eine andere Strafverfolgungsbehörde oder eine Justizbehörde oder vor der Durchführung der in dieser Richtlinie genannten konkreten Ermittlungs- oder Beweiserhebungshandlungen bewilligen“

sollen und gilt zumal dem Beschuldigten über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand zum frühest geeigneten Zeitpunkt hinaus die effektive Wahrnehmung, also der tatsächliche Zugang staatlicherseits gewährleistet werden soll. Zugangs- und Prozesskostenhilferichtlinie sind damit zwei Seiten derselben Medaille, welche die staatliche Verpflichtung zur Garantie des fairen Verfahrens betreffen (so zutreffend *Schlothauer*, KriPoZ 2019, 3ff).

Sich dieser Verpflichtung entziehen zu wollen, ist die rechtsstaatlich zweifelhafte Intention der nunmehr vorgelegten Überarbeitung des ersten Referentenentwurfs. Die Abkehr von selbiger ist offenbar dem Ziel geschuldet, auch anlässlich einer Richtlinie zur Stärkung der Beschuldigtenrechte auf ein europäisches Minimum (vgl. Erwägungsgrund 16), die Rechtsstellung des Beschuldigten so schwach wie noch scheinbar vertretbar auszugestalten. Dass hierzu

sogar ein Systembruch in der bislang de lege lata geltenden Doktrin der notwendigen Verteidigung einem der Richtlinie adäquaten Zuwachs an Rechtsgewährleistung für beschuldigte Personen der Vorzug gewährt wird, belegt diese Zielsetzung. Denn gemäß § 141 Abs. 1 E-StPO verweigert der Staat künftig die Verantwortung in Fällen der gesetzlich notwendigen Verteidigung für selbige zu sorgen und gewährt sie grundsätzlich nur auf Antrag. Galt im System der notwendigen Verteidigung bislang, dass sie keinesfalls zur Disposition - auch nicht des Beschuldigten/Angeklagten - stand, ihre Verkenning vielmehr als absoluter Revisionsgrund iSd § 338 Nr. 5 StPO firmiert, soll sich der Staat künftig seiner rechtsstaatlichen und verfahrenslegitimierenden Garantenstellung zumindest im für den Beschuldigten kritischsten Moment des Vorverfahrens zu dessen Lasten entkleiden können. Dabei verkennt der Regierungsentwurf, dass notwendige Verteidigung keine an Bedürftigkeit ausgerichtete wohlfahrtsstaatliche Sozialmaßnahme ist, sondern Bedingung eines rechtsstaatlichen Strafprozesses. Sie ist eine grundgesetzliche Konkretisierung in allererster Linie des Rechtsstaats- und weniger des Sozialstaatsprinzips (in diesem Sinne etwa Beck-OK/Wessing, § 140 Rn. 1; anders ggfls. für die hier nicht interessierende Strafvollstreckung, vgl. insoweit bereits OLG Karlsruhe NJW 1972, 220).

a) Gewährleistung notwendiger Verteidigung auf Antrag (§141 Abs. 1 E-StPO) bzw. bei „Schutzbedürftigkeit“ § 141 Abs. 2 Nr. 3 E-StPO)

§ 141 Abs. 1 E-StPO überantwortet es wie ausgeführt dem Beschuldigten, sich mittels Antrages der staatlich als notwendig erkannten Verteidigung in einem frühen, indes entscheidend wichtigen Stadium des Verfahrens selbst zu versichern. Die Sicherung seiner Entscheidungsfreiheit soll im Vorverfahren u. a. in die Hände der ihn vernehmenden Polizeibeamten gelegt werden, denen de lege ferenda die entsprechende Belehrung zu den Antragsvoraussetzungen gem. § 136 Abs. 1 StPO aufgegeben wird.

aa)

Mit dem Regierungsentwurf gelingt es nicht, der bisher geltenden Praxis polizeilicher Belehrungen durch alleiniges Repetieren des Gesetzestextes den gebotenen Riegel vorzuschieben. Tatsächlich hilft dem regelmäßig rechtsunkundigen Beschuldigten die Belehrung, er könne „unter den Voraussetzungen des § 140 die Bestellung eines Verteidigers nach Maßgabe des § 141 Absatz 1 beanspruchen“ in der Lage vorläufiger Festnahme weder weiter noch ist sie auch nur im Ansatz geeignet, die von der umzusetzenden Richtlinie intendierte Sicherung seiner Subjektstellung sowie effektive Zugangsmöglichkeit zu einem Rechtsbeistand zu garantieren.

Zu fordern ist, die bestmöglich und individuell zu dokumentierende Festlegung staatlich zu gewährleistender Aufklärung des Beschuldigten, ob im konkreten Fall die Notwendigkeit der Verteidigung gegeben und damit ein Anspruch des Beschuldigten auf einen Verteidiger auch in der ersten Stunde besteht. Denn hierzu verhält sich der Entwurf in keiner Weise. Er überantwortet es dem rechtsunkundigen Beschuldigten regelmäßig selbst anhand ihm ohnehin nicht zur Verfügung stehender Paraphentexte zu subsumieren, ob gegebenenfalls ein Fall der notwendigen Verteidigung vorliegt, der zu einer Antragstellung berechtigt. Der Vernehmungsbeamte scheidet nach dem Entwurf als tauglicher Rechtsberater ganz prinzipiell aus, da es weder dem polizeilichen Interesse entspricht für selbige zu sorgen (was schon die Stellungnahmen der entsprechenden Verbände belegen) noch er hierfür berufen oder ausgebildet ist.

bb)

Der Regierungsentwurf versagt dem Beschuldigten den durch die Richtlinie in Aussicht gestellten Schutz jedoch nicht nur bei der Belehrung, ob ein Fall notwendiger Verteidigung vorliegt, sondern auch auf der Kostenseite. Die nun umzusetzende Richtlinie intendiert

den Staat dafür in die Verantwortung zu nehmen, dass der bereits abstrakt durch die Richtlinie 2013/48/EU garantierte Zugang zu einem Rechtsbeistand dem (nicht unerheblich) beschuldigten Bürger auch tatsächlich konkret gewährleistet wird, und zwar indem er einen solchen unbeschadet vorhandener finanzieller Ressourcen tatsächlich zur Seite gestellt bekommt (vgl. Erwägungsgrund 1). Erwägungsgrund 8 der Richtlinie formuliert weiterhin, dass es den Mitgliedsstaaten wohl allenfalls eher als Ausnahme ermöglicht sein soll, beschuldigte Personen gegebenenfalls im Falle finanzieller Leistungsmöglichkeiten zu verpflichten, einen Teil der durch die Prozesskostenhilfe entstandenen Kosten selbst zu tragen.

(1)

Dies birgt Friktionen mit der national geltenden Kostenfolge des § 465 StPO, welche dem Beschuldigten im Falle seiner Verurteilung grundsätzlich die vollen Kosten der (gegebenenfalls auch aufgedrängten) Pflichtverteidigung überbürdet. War diese Kostenregelung in ihrer vorbehaltlosen Formulierung schon bislang mit Blick auf Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK erheblichen Bedenken ausgesetzt (s. Nachweise etwa bei LR-Esser, Rz. 752 zu Art. 6 EMRK) stellt sich ihre Novellierung, jedenfalls europarechtskonforme Auslegung mit Blick auf die hier umzusetzende Richtlinie umso dringlicher. Die überwiegende Auffassung, nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK dürfe der mittellose Beschuldigte für die Dauer fehlender eigener Ressourcen nicht zur Kostentragung der notwendigen Verteidigung herangezogen werden und insoweit sei auch sicherzustellen, dass zumindest solange die Mittellosigkeit fortbestehe nicht vollstreckt werden dürfe (LR-Esser a.a.O.; Peukert EuGRZ, 1980, 247), erfährt durch die umzusetzende Richtlinie starken Rückenwind und verlangt entsprechende Klarstellung im Gesetzestext.

(2)

Der Regierungsentwurf ignoriert dies nicht nur. Er vernebelt dem Beschuldigten bewusst den Blick auf sein Recht, auch ohne eigene finanzielle Ressourcen Zugang zu einem Rechtsbeistand zu erhalten, durch irreführende Belehrung. § 136 E-StPO formuliert nach der ungenügenden Belehrung des Beschuldigten, dieser könne „unter den Voraussetzungen des § 140 die Bestellung eines Verteidigers nach Maßgabe des § 141 Abs. 1 und des § 142 Abs. 1“ beantragen, dass er diesbezüglich „auf die Kostenfolge des § 465“ StPO hinzuweisen sei.

Damit suggeriert der Entwurf fälschlich zweierlei:

Zum einen, dass entgegen der Richtlinienintention und den überwiegenden Auffassungen zu Art 6 Abs. 3 lit c EMRK die Pflichtverteidigung dem Beschuldigten unbeschadet seiner (ggfls. nicht vorhandenen) finanziellen Ressourcen im Falle einer Verurteilung stets beitreibar in Rechnung gestellt würden.

Zum anderen, dass derartige Kosten von der Antragstellung des Beschuldigten abhängen und durch einen Verzicht auf selbige vermeidbar wären.

Gerade letzteres ist nicht nur falsch, sondern mutet angesichts der Intention der umzusetzenden Richtlinie als Resultat nationalen Transfers als beinahe zynisch an. Denn gerade derjenige Beschuldigte, dem es an Ressourcen mangelt, soll nach der Richtlinie unbedingter staatlicher Unterstützung versichert sein. Der Verweis ihm ggfls. die Kosten der Pflichtverteidigung im Falle entsprechender Antragstellung in Rechnung zu stellen, ist angesichts des bereits zitierten Art. 6 Abs. 3 lit c EMRK ebenso untunlich wie mit Blick auf Erwägungsgrund 8 der Richtlinie. Unbeschadet der europarechtlichen Perspektive verordnet der Entwurf der Bundesregierung den zur ersten Beschuldigtenbelehrung berufenen Beamten mit dem Hinweis auf die vermeintliche Kostenfolge einer Antragstellung regelmäßig



eine mindestens konkludente Täuschung des Beschuldigten. Denn die gesetzlich vorgesehene Belehrung suggeriert ihm fälschlich, er habe es durch den Verzicht einer Antragstellung in der Hand, sich vor persönlichen Kosten einer Pflichtverteidigung zu schützen. Dies ist mitnichten der Fall. Verzichtet der Beschuldigte auf die Antragstellung und führt unberaten eine Vernehmung durch, in deren Folge er dem Haftrichter vorgeführt wird, zahlt er die Rechnung für die im Regierungsentwurf angelegte Fehlbelehrung gegebenenfalls doppelt:

Zum einen kann seine rechtlich unberatene Aussage zum Verlust seiner Freiheit durch Vorführung vor den Haftrichter führen. Zum anderen bekommt er unabhängig von seinem Willen und der Entscheidung des Haftrichters über Freiheitsentzug bei einer Vorführung oder spätestens mit der Aufforderung zu einer den Tatvorwurf enthaltenen Anklage einen Pflichtverteidiger beigeordnet, dessen Kosten er ebenfalls gemäß § 465 StPO zu tragen hätte. Wird aber eine Beiordnung im Vorverfahren ohnehin von Amts wegen notwendig, fallen die zu tragenden Kosten für den Beschuldigten gebührenrechtlich regelmäßig nicht höher aus, als wenn er sich seiner Verteidigung bereits beim ersten polizeilichen Verhör durch Antrag versichert hätte.

Die verfehlte Belehrung des Beschuldigten ist damit in keiner Weise Ausdruck finanzieller Fürsorge und trägt mitnichten einer Möglichkeit seitens des Beschuldigten Kosten zu sparen Rechnung. Eine solche sieht das Gesetz regelmäßig nämlich überhaupt nicht vor. Unter dem staatlich veranlassten unzutreffenden Eindruck eigenverantwortlicher Kostenhoheit droht der Beschuldigte infolge täuschender Belehrung auf das zu verzichten, was ihm die umzusetzende Richtlinie als Kernanliegen sichern will - den unabhängig von seinen finanziellen Ressourcen staatlich zu gewährleistenden Zugang zu Verteidigung und Rechtsrat.

Dass die Belehrung gemäß § 168b Abs. 3 E-StPO sowie die Reaktion des Beschuldigten auf selbige zu dokumentieren ist, ist nicht geeignet, die Rechtsposition des Beschuldigten abzusichern. Dies wäre allein durch eine audiovisuelle Dokumentation der Belehrung zu erreichen, die indes so wenig vorgesehen ist wie die Form der Dokumentation überhaupt vorgeschrieben wird. Damit ist § 168b Abs. 3 E-StPO zur späteren Klärung, unter welchen Umständen und nach welcher Art der Belehrung oder Beratung durch die Ermittlungsbehörden eine Antragstellung auf Verteidigung unterblieben ist, ebenso unzureichend wie zur effektiven Sicherung der Rechte des Beschuldigten entsprechend der umzusetzenden Richtlinie. Nicht umsonst wird die Rechtsprechung des Öfteren damit befasst, dass sich Strafverfolgungsorgane, gelinde gesagt, auch dann als nicht hilfreich für den Beschuldigten erwiesen haben, wenn dieser einen Zugang zu einem Rechtsbeistand verlangte. Die Technik einer „einlassungsförderlichen Frustrierung“ (Begriff nach Schneider, JURA 1997, 134) des Beschuldigten ist forensisch kein unbekanntes Phänomen. Umso weniger ist es angezeigt, diesem die weitere Möglichkeit einer Scheinlegitimation im Gewand unzureichender Protokollierung zu verleihen.

(3)

Will sich der Staat wie vom Regierungsentwurf vorgesehen schon teilweise aus dem System der notwendigen Verteidigung verabschieden, wäre dem Beschuldigten wenigstens verbindlich mitzuteilen, ob ein Fall notwendiger Verteidigung vorliegt, der zur Antragstellung und Bereitstellung eines Rechtsbeistands berechtigt und im Übrigen die untunliche Belehrung über die Kostenfolge ersatzlos zu streichen.

cc)

Von Amts wegen will sich der Staat für die Gewährleistung notwendiger Verteidigung bei polizeilicher Einvernahme allenfalls dann in die Pflicht nehmen lassen, wenn nicht näher benannte

besondere Umstände des Einzelfalls, namentlich eine ebenfalls nicht näher beschriebene Schutzbedürftigkeit des Beschuldigten vorliegt (vgl. § 141 Abs. 2 Nr. 3 E-StPO), welche indes offenkundig als Ausnahmefall konzipiert ist. Dies kann schon in Ansehung der Rechtsprechung des EGMR nicht verschlagen und erst recht nicht angesichts der Ausgestaltung der bereits erwähnten irreführenden Belehrungsformeln des § 136 StPO. Die Schutzbedürftigkeit des Beschuldigten ergibt sich aus seiner Situation bei erstmaliger Konfrontation mit dem Tatvorwurf und staatlichem Auskunftsbegehren hierzu. Schutzbedürftigkeit ist hier die Regel und nicht die Ausnahme. Sie zu kompensieren ist die Intention der Richtlinie, die zu unterlaufen sich der Regierungsentwurf anschickt:

(1)

Wie ausgeführt strebt es der Regierungsentwurf an, auch in Fällen polizeilich erkannter Notwendigkeit der Verteidigung diese vor einer Beschuldigten-vernehmung jedenfalls nicht vorbehaltlos, sondern grundsätzlich nur auf Antrag zu gewähren. Anderes soll allenfalls dann gelten, wenn der Beschuldigte schutzbedürftig ist (§ 141 Abs. 2 Nr. 3 E-StPO). Von Schutzbedürftigkeit spricht auch Erwägungsgrund 19 der EU-Richtlinie.

Die Begründung des Regierungsentwurfs führt zum Kriterium des Schutzbedürfnisses in § 141 Abs. 2 Nr. 3 E-StPO aus, dieses sei anzunehmen, wenn der Beschuldigte nach erfolgter Belehrung von der Möglichkeit, einen Antrag auf Verteidigung zu stellen, keinen Gebrauch macht, „wenn er etwa auf Grund mangelnder Übersicht die Tragweite der Nichtausübung seines Antragsrechts nicht zu erkennen vermag.“ (vgl. Regierungsentwurf S. 40). Dann sei ihm gegebenenfalls auch gegen seinen Willen ein Pflichtverteidiger bereits vor einer ersten polizeilichen Einvernahme zu bestellen.

(2)

Damit indes umschreibt die Begründung des Regierungsentwurfs den Regelfall der Situation, in welcher sich ein Beschuldigter befindet, der polizeilich mit einem Tatvorwurf konfrontiert wird, dessen Schwere nach der Rechtsordnung die Notwendigkeit seiner Verteidigung indiziert. Der Umstand, dass der Beschuldigte regelmäßig seine Situation und ihre rechtlichen Konsequenzen in der Situation der Konfrontation mit dem Vorwurf beim polizeilich anberaumten Verhör nicht überblickt, folgt aus der gefestigten Rechtsprechung des EGMR. Dieser formuliert etwa in Pishchalnikov 7025/04 v. 24.9.2009, Rz. 67 ff mit weiteren Nachweisen, dass

„der Gerichtshof die Wichtigkeit des frühen Stadiums der Ermittlungen unterstreicht, weil die Beweismittel, die in dieser Phase des Verfahrens gesammelt werden, den Rahmen dafür bilden, in welcher Weise das zur späteren Entscheidung berufene Gericht den Fall bewerten wird. Gleichzeitig befindet sich der Beschuldigte häufig mit Blick auf seine Rechte in einer besonders verletzlichen Situation, ein Effekt, der dadurch verstärkt wird, dass die strafprozessualen Gesetzgebungen tendenziell immer komplexer werden, gerade auch mit Blick auf die Art wie Beweismittel erhoben und später verwertet werden können. In den meisten Fällen wird diese besondere Verletzlichkeit des Beschuldigten nur durch die Unterstützung eines Rechtsanwalts ausgeglichen werden können, dessen Aufgabe es - neben anderem - ist, sicherzustellen, dass das Recht des Beschuldigten sich nicht selbst zu belasten staatlicherseits respektiert wird.“ (Übersetzung aus dem Englischen und Hervorhebung hier durch Verf.).

Damit ist durch den EGMR die Schutzbedürftigkeit des Beschuldigten normativ bereits regelmäßig aus der Situation heraus, in welcher er sich im Stadium erstmaliger Konfrontation mit dem Tatvorwurf befindet, festgeschrieben. Der Regierungsentwurf enthebt diesen menschenrechtlichen Erfahrungssatz jedoch in seiner Begründung zu § 141 Abs.1 Nr. 3, 2. Alt E-StPO tatsächlich und normativ unzutreffend

vom Regel- zum Ausnahmefall und unterminiert damit den von der Richtlinie angestrebten national zu gewährleistenden Mindeststandard.

(3)

Die Ausführungen unter (2) zur besonderen Verletzlichkeit der Rechtsposition des Beschuldigten rekurrieren mit dem EGMR allein auf die faktische und psychologische Ausnahmesituation, in welcher er sich bei seiner erstmaligen Konfrontation mit einem die notwendige Verteidigung begründenden Vorwurf bei gleichzeitigem polizeilichen Vernehmungsversuch befindet. Eine Situation, die bereits für sich gesehen - wie auch vom EGMR angenommen - den Beschuldigten regelmäßig überfordern wird, mithin seine Schutzbedürftigkeit im Sinne der Begründung des vorgelegten Regierungsentwurfs indiziert. Unsere nationale Rechtslage hingegen, in welche der Entwurf die Richtlinie unverändert implementieren will, verstärkt die Schutzbedürftigkeit des Beschuldigten nur, statt sie im Sinne der Richtlinienumsetzung zu kompensieren:

(a)

Dies gilt vor allem in Ansehung der Belehrungsformeln des § 136 E-StPO, welche mindestens objektiv darauf angelegt sind, den Beschuldigten in der beschriebenen vulnerablen Situation zusätzlich in die Irre zu führen, indem er mit der Beantwortung der Frage allein gelassen wird, ob zum einen ein Fall notwendiger Verteidigung vorliegt und ihm zum anderen suggeriert wird, eine entsprechende Antragstellung ziehe jedenfalls vermeintlich vermeidbare Kosten für ihn nach sich (vgl. bereits die obigen Ausführungen unter 3. a, b).

Gälte es mit dem EGMR nicht bereits regelmäßig die Schutzbedürftigkeit allein aus der Situation der erstmaligen polizeilichen Befragung anzunehmen, wäre sie jedenfalls spätestens aufgrund der legislativ angelegten Verwirrung des Beschuldigten durch die irreführenden Belehrungen des § 136 StPO zu konstatieren.

(β)

Der Beschuldigte ist im Rahmen der polizeilichen Vernehmung aber auch deshalb schutzbedürftig als er keine Kontrolle über die Dokumentation seiner Beschuldigtenvernehmung hat. Dass eine vollständige, auch audiovisuelle Dokumentation von Belehrung und Vernehmungsgeschehen aus europäischer Sicht ein bedeutender Schutzmechanismus ist, kann Art 9 Abs. 1 der ebenfalls umzusetzenden Richtlinie 2016/800 für das Jugendstrafverfahren entnommen werden. Auch die Expertenkommission hatte die Dokumentation des Ermittlungsverfahrens empfohlen. Dem hat sich der Gesetzgeber bislang weitgehend verschlossen und eine entsprechende Regelung nur sehr eingeschränkt ab dem 1.1.2020 beschlossen. Da aber auch unabhängig von einer fehlenden audiovisuellen Vernehmung eine reine Audioaufzeichnung oder auch nur ein Wortprotokoll der Beschuldigtenvernehmung nicht vorgeschrieben ist, sondern regelmäßig allein das Verständnis des Vernehmungsbeamten entscheidet, was in ein Protokoll der Beschuldigtenvernehmung aufgenommen wird, ergibt sich die Schutzbedürftigkeit des Beschuldigten im Geltungsbereich der StPO in Fällen notwendiger Verteidigung auch aus diesem Umstand.

(γ)

Letzteres gilt insbesondere auch dann, wenn man in den Blick nimmt, wem die Richtlinie den Zugang zum Recht durch Rechtsrat sichern will. Es sind dies regelmäßig die Schwächsten der Gesellschaft, jene also, die ihre verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Rechtspositionen schon aufgrund fehlender finanzieller Ressourcen preisgeben. Der Regierungsentwurf schickt sich an, der Strafverfolgung diesen Armutsreflex der Schwächsten zu erhalten, indem er wie ausgeführt durch die Verknüpfung von Antragserfordernis und mindestens konkludent täuschender Kostenbelehrung für den Fall der Antragstellung Beschuldigte vom früher Inanspruchnahme professioneller Rechtsberatung abzuschrecken trachtet. Damit wird indes nicht nur die Intention der

Richtlinie konterkariert, sondern es stellt sich auch die gesellschaftliche Frage von Verfahrensgerechtigkeit verstärkt. Der Abbau von Beschuldigtenrechten und Verfahrensgarantien, die der Gesetzgeber in den letzten Jahren vorgenommen hat (und den die Regierung mit einem weiteren Referentenentwurf vorantreiben will), trifft naturgemäß diejenigen härter, die sich professionelle Hilfe zur Wahrnehmung ihrer Rechte nicht oder nur eingeschränkt leisten können. *Lubitz* hat in NK 2019, 282 zutreffend darauf aufmerksam gemacht, dass die Verluste und Begrenzungen von Rechtspositionen durch Präklusionen und Einschränkungen von Verfahrensgarantien und -rechten in ihrer Verteidigung nur von denjenigen kompensiert werden können, die in der Lage sind ihre Verteidigung mit entsprechenden Ressourcen zu führen. Diejenigen, die das nicht vermögen, verschaffen der Justiz nach der Hoffnung des Gesetzgebers das Ventil zur Entlastung durch vereinfachte Aburteilungsmöglichkeiten. Die hiervon Betroffenen sind dann – so *Lubitz a. a. O.* – als die Marginalisierten des Rechts zu bezeichnen.

#### b) Fazit

Der erste Referentenentwurf hatte der Richtlinienintention jedenfalls insoweit hinreichend Rechnung getragen, als er in Fällen national anerkannter notwendiger Verteidigung dem Beschuldigten den Verteidiger der ersten Stunde, gerade auch was den Zeitpunkt angeht, gewährleistete. Dem verweigert sich der jetzt vorgelegte Regierungsentwurf. Die einheitlichen Mindeststandards der Richtlinie sollen den nationalen Verfahrensformen auch die gegenseitige europäischen Anerkennung sichern. Deutschland ist bereits eines der Schlusslichter in Europa, was die Transparenz der Urteilsfindung in Strafverfahren durch Dokumentation der Beweisaufnahme angeht. Dass der nunmehr vorgelegte Entwurf lieber einen Bruch im Gerüst der notwendigen Verteidigung in Kauf nimmt als die europaweit vorgesehenen Mindeststandards nahtlos in das bestehende System der Pflichtverteidigung zu implementieren, lässt besorgen, dass diese

Mindeststandards eben verfehlt werden. Es ist zu befürchten, dass Urteilen aus Deutschland gegebenenfalls die europäische Anerkennung verweigert wird, weil die Umsetzung der Richtlinie u. a. aus den hier dargelegten Gründen den Mindeststandard verfehlt, welcher dem Beschuldigten durch die Richtlinie national garantiert werden sollte. Der Gesetzgeber sollte deswegen zur Lösung des zunächst vorgelegten Referentenentwurfs zurückkehren.

## **2. Konkretisierung der Notwendigkeit der Verteidigung in § 140 E-StPO**

Der Regierungsentwurf hat sich weiterhin von den vorsichtigen Versuchen des Referentenentwurfs verabschiedet, die Kriterien, wann ein Fall der notwendigen Verteidigung gegeben ist, gesetzlich zu fixieren. Sah der Referentenentwurf beispielsweise noch vor, entsprechend der Rechtsprechung den Fall der Pflichtverteidigung bei einer drohenden Strafe von einem Jahr aufwärts zu kodifizieren, nimmt der Regierungsentwurf dies zurück und belässt es bei der Erwartung, eine Sache werde beim Schöffengericht angeklagt. Vor dem Hintergrund, dass es nun entscheidend Vernehmungsbeamten der Polizei gem. § 136 StPO überlassen wird, Beschuldigte in den Kenntnisstand zu versetzen, ob sie ihr Antragsrecht nach § 141 Abs. 1 StPO auf Beiordnung eines Verteidigers geltend machen können, weil ein Fall notwendiger Verteidigung gegeben sei, gibt der Entwurf insoweit den Vernehmungsbeamten Steine statt Brot. Es ist aber auch versäumt worden, weitere nach der Rechtsprechung anzuerkennende Fälle der notwendigen Verteidigung zu kodifizieren:

a)

Regelmäßig ist ein solcher Fall gegeben, wenn der Beschuldigte unter Bewährung steht. In diesen Fällen droht zumeist nicht nur eine Verurteilung wegen des nunmehr in Rede stehenden Vorwurfs,



sondern auch der Widerruf der Bewährung. Letzterer soll ggfls. nach (der EMRK zuwiderlaufender, vgl. etwa EGMR *El Kaada vs. Deutschland*) Auffassung mancher Obergerichte bereits auf der Grundlage von Geständnissen, teils auch bereits solchen rein polizeilicher Natur (etwa OLG Saarbrücken 1 Ws 182/09; OLG Koblenz, 1 Ws 213/05) erfolgen können, so dass die Notwendigkeit einer Verteidigerbeordnung auf der Hand liegt und regelmäßig bei unter Bewährung stehenden Personen gegenwärtig auch zumindest im Zeitpunkt des § 201 Abs. 1 StPO erfolgt. Diese entsprechend als Fall der notwendigen Verteidigung vorzuverlagern ist in Ansehung der umzusetzenden Richtlinie geboten. Es bietet sich daher an, § 140 Abs. 1 Nr. 3 E-StPO um die Fälle zu erweitern, in welchen dem Beschuldigten vorgeworfen wird, eine Tat während laufender Bewährungszeit begangen zu haben.

b)

Der stete Ausbau sogenannter Opferschutzrechte hat in der StPO nicht nur zur Ausweitung der Nebenklage und ihrer Befugnisse so wie etwa zur Adhäsionsklage geführt. Sie hat auch neue strafprozessuale Verfahrensrollen wie Opferbeistände und psychosoziale Prozessbegleiter gezeitigt. Der Gesetzgeber hat dem in § 140 Abs. 1 Nr. 9 StPO dadurch rudimentär Rechnung getragen, dass er im Falle beigeordneter Verfahrensbeteiligter an der Seite mutmaßlicher Opfer einen Fall notwendiger Verteidigung anerkannte. Dies ist durch Streichung des Wortes „beigeordnet“ auch auf die Fälle klarstellend zu erweitern, in denen sich ein mutmaßlich Geschädigter eines nicht beigeordneten Rechtsanwalts als Nebenklagevertreter oder Opferbeistand bedient (so jetzt schon etwa *MüKo-Thomas/Kämpfer*, §140 Rn. 25a). Die Annahme eines Falles notwendiger Verteidigung ist hierbei nicht durch das Bedürfnis finanzieller Gleichbehandlung von mutmaßlichem Opfer und Angeklagten, sondern durch das Gebot des „Fairen Verfahrens“ als Konkretisierung des Rechtsstaatsgebots indiziert.

c)

Soweit es in § 140 Abs. 1 Nr. 10 E-StPO heißt, dass ein Fall notwendiger Verteidigung künftig anzunehmen sein soll, wenn „bei einer richterlichen Vernehmung die Mitwirkung eines Verteidigers aufgrund der Bedeutung der Vernehmung zur Wahrung der Rechte des Beschuldigten geboten erscheint“, ist nicht nur aus Sicht des DAV der hierin enthaltene Vorbehalt zu streichen. Eine richterliche Vernehmung ist die Ausnahme im Ermittlungsverfahren. Sie wird regelmäßig gerade deshalb angestrebt, weil sie für das weitere Verfahren bedeutsam erscheint und gegebenenfalls ein Transfer des richterlichen Vernehmungsergebnisses in die Hauptverhandlung in Aussicht genommen werden soll. Ebenso regelmäßig ist dann aber zur Wahrung der Beschuldigtenrechte die Mitwirkung eines Verteidigers notwendig. Dies gilt zumal die ex-ante Perspektive, auf welche der Entwurf abstellt, stets nur eine vorläufige ist und sich die Notwendigkeit der Mitwirkung eines Verteidigers ex-post häufig als (noch) dringlicher herausstellen kann, als dies ex-ante zu erwarten war. Von daher indiziert allein der Umstand einer richterlichen Vernehmung regelmäßig die Notwendigkeit der Verteidigung.

### **3. Zur Bestellung des Pflichtverteidigers nach § 141a E-StPO**

§ 141a E-StPO benennt zwei Ausnahmen vom Erfordernis einer frühzeitigen Beiordnung vor einer Vernehmung des Beschuldigten oder einer Gegenüberstellung. Gemäß Nr. 1 soll die frühzeitige Beiordnung verzichtbar sein, soweit die zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefährdung für Freiheit, Leib oder Leben einer Person geboten sei und gemäß Nr. 2, wenn sich diese Gebotenheit zwingend aus der Notwendigkeit ergebe, eine erhebliche Gefährdung eines Strafverfahrens abzuwehren.

Hiervon unberührt bleibe das Recht des Beschuldigten, jederzeit, auch schon vor der Vernehmung oder einer Gegenüberstellung einen von

ihm zu wählenden Verteidiger zu befragen. Diese rechtsstaatliche Selbstverständlichkeit ist entscheidend und entzieht gleichzeitig § 141a E-StPO die Legitimation. Die aus sich heraus nicht verständlichen Ausnahmen sind in der umzusetzenden Richtlinie nicht erwähnt. Sie finden sich, wie auch die Begründung des Entwurfs (S. 41) ausweist, als Erwägungsgründe in der RiLi 2013/48/EU über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand. Ist aber der Zugang zu einem Rechtsbeistand wie geboten ohnehin unbeschränkt zu gewährleisten, kann ein Beiordnungserfordernis Gefahren insbesondere im Sinne der Nr. 2 des § 141 a E-StPO nicht zeitigen. Gleiches gilt aber auch für Nr. 1. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Richtlinie 2013/48, Befragungen iSd Nr. 1 nicht als strafprozessuale Vernehmungen versteht, sondern den nationalen Staaten diese nur ausnahmsweise gestattet, wenn sie „ausschließlich zu dem Zweck der Erlangung der notwendigen Informationen zur Abwehr schwerwiegender, nachteiliger Auswirkungen auf das Leben, die Freiheit oder die körperliche Unversehrtheit einer Person und in dem dafür erforderlichen Umfang durchgeführt werden. Ein Missbrauch dieser Ausnahmeregelung würde die Verteidigungsrechte grundsätzlich irreparabel beeinträchtigen.“ (vgl. Rn. 31 der RiLi). Missbrauch wäre hiernach indes bereits die strafprozessual angelegte Vernehmung zur Klärung eines strafrechtlichen Vorwurfs, wie sie der Regierungsentwurf offenbar in den Blick nimmt und für zulässig erklären will, und zwar im Gegensatz zur rein gefahrenabwehrrechtlich motivierten und nur ausnahmsweise statthaften Informationsgewinnung, von welcher die RiLi 2013/48/EU spricht.

Daher geht im Weiteren auch die Überlegung in der Begründung des Entwurfs (S. 42) fehl, dass ein Beweisverwertungsverbot bei falscher Annahme der Voraussetzungen für die Ausnahmeregelung des § 141 Abs. 3 E-StPO nicht grundsätzlich folge, sondern allenfalls im Rahmen der tradierten höchstrichterlichen Abwägungslehre bei schweren Verstößen im Raum stehe. Dies übersieht, unbeschadet der bereits

dargetanen Einwände, dass es bereits nach den europarechtlichen Vorgaben unzulässig ist, eine strafprozessual orientierte Vernehmung durchzuführen, weil diese - in den Worten der RiLi 2013/48 - die „Verteidigungsrechte grundsätzlich irreparabel beeinträchtigt“.

Für eine vermeintliche justizielle Disponibilität eines Verwertungsverbots im Falle staatlicher Zuwiderhandlung ist daher kein Raum, zumal nicht im Rahmen eines der Stärkung der Beschuldigtenrechte gewidmeten Umsetzungsvorhabens.

Da weder geboten noch systematisch stimmig ist § 141a E-StPO ersatzlos zu streichen.

#### **4. Zur Zuständigkeit der Bestellung eines Pflichtverteidigers und seiner Auswahl gem. § 142 E-StPO**

§ 142 E-StPO hält im Grundsatz an dem gegenwärtigen System fest, nach dem für den Fall, dass der Beschuldigte selbst keinen beizuordnenden Verteidiger benennt, die Auswahl des zu bestellenden Verteidigers den Gerichten obliegt. Im Eilfall soll sie gar auf die Staatsanwaltschaft übergehen. Das Auswahlrecht des Beschuldigten soll zudem durch eine richterliche Bestellung substituiert bzw. übergangen werden können, wenn der Bestellung des vom Beschuldigten benannten Verteidigers ein wichtiger Grund entgegenstehe, wobei ein solcher bereits dann anzunehmen sein soll, wenn der Verteidiger nicht rechtzeitig zur Verfügung stehe (§ 142 Abs 3 E-StPO).

Der Forderung der umzusetzenden Richtlinie 2016/1919 nach einer Qualitätssicherung (Art. 7 der RiLi) der im Rahmen der Pflichtverteidigung erbrachten anwaltlichen Dienste will der Entwurf dadurch Rechnung tragen, dass die in staatlicher Auswahl bestellten Pflichtverteidiger gem. § 142 Abs 4 E-StPO aus dem Gesamtverzeichnis der BRAK ausschließlich solche sind, die einen Fachanwaltstitel für Strafrecht führen oder diejenigen, die ihr

Interesse an der Übernahme von Pflichtverteidigungen angezeigt haben.

a)

Der DAV ist insofern der Auffassung, dass nicht nur, aber auch anlässlich der Umsetzung der Richtlinie die Justiz von einem Auswahlermessen des zu bestellenden Pflichtverteidigers zu befreien ist. Der Vorschlag von *Schlothauer/Neuhaus/Matt/Brodowski* (hrrs 2/2018) sah vor, dass die Rechtsanwaltskammern bei notwendigen Verteidigungen und insoweit gebotenen Bestellungen im Zwischenverfahren den beizuordnenden Verteidiger bestimmen, daneben für kurzfristig notwendige Bestellungen im Ermittlungsverfahren einen bei den zuständigen Rechtsanwaltskammern einzurichtenden Notdienst zu installieren, aus dessen jeweiligen Bereitschaftsdiensten die beizuordnenden Verteidiger zu rekrutieren seien.

Dieser Vorschlag weist nicht nur aus Sicht des DAV insoweit in die zutreffende Richtung als er es der Anwaltschaft überantwortet, die Auswahl der beizuordnenden Verteidiger zu verantworten. Dies erscheint rechtspolitisch geboten, dem Grundgedanken einer Qualitätssicherung der Richtlinie mehr verpflichtet als der Referentenwurf und letztlich auch zu dieser in Ansehung der Rechtsprechung erforderlich. Indes lehnt der DAV ein eigenes Auswahlermessen der zuständigen Rechtsanwaltskammern ab und schlägt stattdessen ein bei diesen zu installierendes rollierendes Listensystem geeigneter und bereiter Anwälte, etwa analog den Hilfsschöffenlisten der Gerichte vor, das ein Auswahlermessen nicht zulässt. Daran hält der DAV ebenso fest wie er der Auffassung ist, dass der Beststellungsakt entsprechend dem Referentenentwurf ein richterlicher bleibt und in die Zuständigkeit des Richters fällt, der die Notwendigkeit der Verteidigung feststellt.

Die Notwendigkeit, der Justiz das Auswahlermessen des Pflichtverteidigers abzunehmen, ergibt sich aus meiner Sicht aus mehrerlei Gründen:

aa)

Zunächst ist der teils beklagenswerte Zustand anzuführen, den zu besorgen auch empirisch Anlass besteht (vgl. etwa *Jahn*, Zur Rechtswirklichkeit der Pflichtverteidigerbestellung, 2014). Die richterliche Beiordnungspraxis bleibt indes trotz aller empirischen Anstrengungen intransparent. Auskünfte bei Erhebungsversuchen werden unter Berufung auf die richterliche Unabhängigkeit teils verwehrt. Staatliche Qualitätssicherung im Sinne der Richtlinie Art. 7 Abs. 1 kann so kaum wie gefordert gewährleistet werden, weil es an wirksamer Rückkopplung fehlt. Bekannt ist schon jetzt, dass Teile der Richterschaft es präferieren die von ihnen zu bestellenden Verteidiger aus einem eng umgrenzten Kreis auszuwählen. Damit werden potentiell auch wirtschaftliche Abhängigkeiten der so beigeordneten Rechtsanwälte vom beiordnenden Richter geschaffen, die mindestens die (nicht selten sich realisierende) Gefahr bergen, dass dieser sein Verteidigungsverhalten an der vermuteten Erwartung des Richters ausrichtet. Mit den den Nationalstaaten aufgegebenen Qualitätssicherungsanforderungen der Richtlinie erscheint dies unvereinbar.

bb)

Richter und Staatsanwälte, die über die Person des Verteidigers zu entscheiden haben, befinden sich regelmäßig in einem veritablen Interessenkonflikt, in welchem sie bereits aus ihrer Rolle heraus stets Gefahr laufen, den Anschein zu erwecken, die Person des beizuordnenden Verteidigers nicht ausschließlich im wohlverstandenen Interesse des Beschuldigten zu bestimmen. Dies hängt zuvörderst, aber nicht ausschließlich mit prozessual angelegten, offenkundigen Zielkonflikten zusammen (etwa, dass für einen Richter sowohl im Rahmen seiner Aufklärungspflicht als auch im Sinne seiner

Ressourcen ein schweigender Beschuldiger/Angeklagter zumeist die unerwünschte prozessuale Erscheinungsform verglichen mit einem redenden, ggfls. mindestens teilgeständigen Angeklagten darstellt, obschon das Schweigen aus Sicht eines gut beratenen Beschuldigten /Angeklagten die effektivere Verteidigung bedeuten mag). Im Interesse auch der Legitimation des Verfahrens, sollte es nicht dem Richter überantwortet werden, die mutmaßliche Verteidigungsstrategie des Beschuldigten durch die Auswahl des Verteidigers maßgeblich selbst mit zu determinieren. Nicht minder, sondern erst recht gilt dies für den Staatsanwalt, so dass die Option des Entwurfs in § 142 Abs. 2 E-StPO, nach welcher bei besonderer Eilbedürftigkeit auch die Staatsanwaltschaft über die Bestellung entscheiden kann, abzulehnen ist.

cc)

Hinzu kommt, dass die Rechtsprechung den Verteidiger gerade dort verstärkt in die Pflicht nimmt, wo es darum geht, dem Angeklagten seine Rechtspositionen instanzübergreifend zu erhalten (sog. Widerspruchslösung betreffend Beweisverwertungsverbote, vgl. aber auch zu Rügepräklusionen iSv unterlassenen Verfahrensbeanstandungen etwa *Habetha*, NJW 2016, 328).

Versäumnisse des Verteidigers werden hier dem Angeklagten unumwunden zugerechnet. Die neueren Ansätze zur Ausweitung von Rügepräklusionen treffen gerade unzureichend verteidigte Angeklagte, die mit ihren in der Instanz erlittenen Rechtsverlusten in der Revision nicht mehr gehört werden, falls ihre Verteidiger aus Unkenntnis oder Desinteresse passiv blieben. Gleiches gilt auch für anwaltliche Versäumnisse bei Zeitpunkten und formalen Anforderungen an Besetzungseinwänden, Revisionsabfassungen etc.. Stets gilt, dass Rechtsverluste, welche durch „Schlechtverteidigung“ entstehen, nach ihrem Eintreten nicht durch gerichtliche oder richterliche Maßnahmen zu kompensieren sind. Fordert nun die Richtlinie eine wirksame Qualität und auch Qualitätssicherung der Pflichtverteidigung, ist mithin auch die Frage

zu beantworten, inwieweit die alleinige Zurechnung anwaltlicher Unterlassungen zum Nachteil des Angeklagten in Form von Rügeverlusten statthaft ist, wenn der die Rügebefugnis verwirkende Anwalt staatlicherseits ausgewählt und bestellt wurde und ob ein eventuelles staatliches Auswahlverschulden nicht alternativ rügeerhaltend wirken müsste oder durch die Anerkennung einer revisionsrechtlichen Rüge der Schlechtverteidigung zu kompensieren wäre.

Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang, dass der den Rügepräklusionen zugrunde liegende Gedanke eines fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses auch im Strafrecht aus der zivilrechtlichen Figur des Treu und Glauben gem. § 242 BGB abgeleitet wird (vgl. BVerfG NStZ 2009, 166). Wenn aber Verteidigungsversäumnisse des staatlich ausgewählten Verteidigers bei der Kontrolle der Justizförmigkeit des Verfahrens einseitig dem Angeklagten zugerechnet werden, bei dem ein Verstoß gegen Treu und Glauben noch nicht einmal durch die Auswahl des Verteidigers ausgemacht werden kann, ist die Fairness des Verfahrens in einer Weise tangiert, welche nicht nur die von der Richtlinie umzusetzende Qualitätssicherung vermissen lässt. Die Arbeitsunterlagen der Kommission zur Richtlinie fordern insoweit unter anderem von den umsetzenden Staaten die „Kontrolle der im Rahmen der Prozesskostenhilfe geleisteten Unterstützung“ und beklagen ihrerseits, dass es „in vielen Mitgliedsstaaten so gut wie kein Qualitätssicherung“ gäbe (vgl. hierzu Arbeitsunterlage der Kommission <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013SC0477&from=EN> , dort S. 4 unter anderem mit Verweis auf EGMR *Pavlenko vs Russland*; s.a. *Czekalla vs. Portugal*).

b)

Zu konstatieren ist jedenfalls, dass eine Justiz, die sich in Gänze und bewusst der Bewertung der Qualität von Verteidigung enthält und



enthalten will, schwerlich zum Garant der Qualitätssicherung notwendiger Verteidigung erklärt werden kann. Die Auswahl des jeweiligen Pflichtverteidigers sollte daher durch ein rotierendes System qualifizierter Anwälte - analog etwa den Hilfsschöffenlisten - determiniert werden, das dort verantwortet und verwaltet wird, wo der Gesetzgeber auch sonst die Interessenvertretung des Beschuldigten verortet: in den Reihen der Anwaltschaft.

## **5. Zu Qualifikationsanforderungen bzw. -ausschluss der zu bestellenden Verteidiger (§ 142 E-StPO)**

a)

Zu begrüßen ist der Ansatz des Entwurfs, das in der Benennung eines Verteidigers durch den Beschuldigten zum Ausdruck kommende Vertrauen als entscheidendes Kriterium für die Beiordnung staatlicherseits grundsätzlich nur aus wichtigem Grund zu hinterfragen. Dass ein solcher wichtiger Grund anzunehmen ist, wenn der Verteidiger nicht zur Verfügung steht (§ 142 Abs. 5 E-StPO) mag auf der Hand liegen. Fraglich erscheint dies hingegen bei dem ebenfalls erwähnten Kriterium der „Nichtrechtzeitigkeit“ seiner Verfügbarkeit (§ 142 Abs. 5 E-StPO). Dieses Merkmal läuft Gefahr, eine ggfls. nur kurzfristige Verhinderung des Vertrauensverteidigers zum Ausschlusskriterium seiner Bestellung zu normieren. Zwar hebt die Begründung des Entwurfs darauf ab, dass diese Variante vor allem auf Eilfälle abziele, eine gewisse Wartezeit einzuräumen sei, im Ergebnis aber jedenfalls kein Anspruch auf Verschiebung der vorzunehmenden „Eilhandlung“ bestehe.

Dies erscheint bereits vom Ansatz her nicht systematisch kohärent. Bei den in der Begründung des Entwurfs angeführten Beispielen (Gegenüberstellung, Vernehmung, Vorführung) ist eine Anwesenheit des Verteidigers nämlich keineswegs zwingend vorgeschrieben. Hat der Beschuldigte beispielsweise bereits einen Wahlverteidiger, der bei

einer Gegenüberstellung verhindert ist, führt dies weder de lege lata noch nach dem vorliegenden Entwurf zum Ausschluss des verhinderten Wahlverteidigers bzw. (vgl. § 141 Abs. 2 E-StPO „dem Beschuldigten, der noch keinen Verteidiger hat“) zur Bestellung eines Pflichtverteidigers an seiner Stelle, um eine (nicht vorgeschriebene) anwaltliche Teilnahme zu sichern. Die Bedingung, dass der zum Pflichtverteidiger zu bestellende Vertrauensanwalt an von ihm nicht obligatorisch wahrzunehmenden Terminen zur Verfügung zu stehen habe, anderenfalls dem Beschuldigten ein Verteidiger nach Wahl des Gerichts für das gesamte weitere Verfahren zu bestellen sein soll, ist bar dogmatischer Stringenz und daher zu streichen.

Zu fordern ist vielmehr, dass der benannte Vertrauensverteidiger zum Pflichtverteidiger zu bestellen und ihm Gelegenheit zu geben ist, im Falle seiner Verhinderung einen anwaltlichen Vertreter zur Begleitung der anstehenden Ermittlungshandlung zu benennen.

Geboten ist daher vor allem die Normierung staatlich verpflichtender sofortiger Kommunikationsgewährung und -sicherstellung des Beschuldigten mit dem beizuordnenden Verteidiger. Denn der gegenwärtige Wortlaut des Entwurfs ermöglicht es, der Anforderung einer frühen Beiordnung in Eilfällen bereits durch den formalen Bestellsakt Genüge zu tun, ohne dass dies die Gewährleistung beinhalten würde, dass a) der Beschuldigte mit seinem Pflichtverteidiger kommunizieren kann oder b) der bestellte Pflichtverteidiger tatsächliche Kenntnis vom Umstand seiner Bestellung hat, da eine „Annahme“ selbiger durch ihn nicht Voraussetzung ihrer Wirksamkeit ist.

b)

Soweit § 142 Abs. 6 E-StPO normiert, dass als Pflichtverteidiger, die nicht vom Beschuldigten selbst bezeichnet, sondern unabhängig von seinem Willen staatlich beigeordnet werden können, Fachanwälte für Strafrecht in Betracht zu ziehen sind, ist insoweit nichts zu erinnern.

Sofern der Entwurf allerdings darüber hinaus die Möglichkeit vorsieht, dem Beschuldigten in solchen Fällen auch Anwälte beizuordnen, die der Rechtsanwaltskammer lediglich ihr Interesse an der Übernahme von Pflichtverteidigungen angezeigt haben und geeignet erscheinen, ist als entscheidendes Kriterium stets keinesfalls das (bloß bekundete) Interesse, sondern die Eignung heranzuziehen.

Die umzusetzende Richtlinie fordert die Qualitätssicherung der Pflichtverteidigung. Interesse an der Übernahme von Pflichtverteidigermandaten verbürgt für sich genommen nicht die von der Richtlinie geforderte Qualität. Interesse mag im Einzelfall gar rein ökonomischer Natur des Berufsträgers (auch aufgrund ggfls. fehlender qualifizierender Kompetenz) geschuldet sein und ist daher als Kriterium untauglich. Dem Entwurf ist jedoch uneingeschränkt darin zuzustimmen, dass es auch jenseits der Fachanwaltschaft selbstverständlich eine Vielzahl von Anwälten gibt, die mit ihrem Interesse, Engagement auch in der Fortbildung und Kenntnisreichtum keinesfalls weniger geeignet sind, Pflichtverteidigungen kunstgerecht zu führen. Es sollte jedoch den Rechtsanwaltskammern möglich sein, jenseits der Fachanwaltschaft Anwälte in einer Liste zu führen, die geeignet und willens sind, Pflichtverteidigungen zu übernehmen. Die Kriterien für die Aufnahme in eine solche Liste müssten transparent, objektivierbar (Nachweis theoretischer Kenntnisse o. ä.) und bundeseinheitlich formuliert werden. Als Teil der Qualitätssicherung der Verteidigung können sie jedoch allein von der Anwaltschaft selbst definiert werden.

## **6. Zur Dauer und Aufhebung und insbesondere eines Wechsels des Pflichtverteidigers - §§ 143, 143a E-StPO**

a)

§ 143 E-StPO nimmt aus fiskalischen Gründen die Dauer der Bestellung bzw. deren vorzeitige Beendigung vor Rechtskraft in den Blick. Von Interesse sind hierbei die Auflösungsgründe der Bestellung

nach § 143 Abs. 2 E-StPO. Dessen Satz 1 postuliert die allgemeine Regelung, dass die Bestellung aufgehoben werden kann, wenn kein Fall notwendiger Verteidigung mehr vorliegt. Auf die in der Begründung des Entwurfs genannten Beispiele (gegen die nichts zu erinnern wäre) ist die allgemein gehaltene Regel jedoch nicht beschränkt. Die Aufhebung soll fakultativ sein und im Ermessen des Gerichts stehen, das Vertrauensschutzgesichtspunkte abzuwägen habe. Diese sind dann aber dem Grundsatz nach auch zu normieren. Der unquantifizierbare Begriff des Vertrauensschutzes droht anderenfalls gegenüber den quantifizierbareren fiskalischen Einsparpotentialen je nach Grad der Austeritätsbedürfnisse des zuständigen Gerichts regelmäßig ins Hintertreffen zu geraten.

Könnte beispielsweise eine Beiordnung aufgehoben werden, nachdem sich die Verfahrensbeteiligten im Rahmen von § 257c StPO auf einen Strafrahmen, der 11 Monate nicht übersteigt verständigt haben und außer der ursprünglich angenommenen Straferwartung von mehr als 12 Monaten kein anderer Fall notwendiger Verteidigung vorliegt? Nach der Fassung des vorliegenden Entwurfs könnte dies in Betracht kommen. Derartiges für zulässig zu erachten mag man zwar angesichts der gegenwärtig gewöhnten Praxis einhellig aus Gründen des Vertrauensschutzes verneinen. Mit künftig zunehmender Übung vorzeitiger Beendigungen von Pflichtverteidigungen könnte es in Bälde jedoch anders aussehen. Dem Vertrauensschutz in den Bestand der Pflichtverteidigung ist jedenfalls zumindest stets mit Beginn der Hauptverhandlung Vorrang vor fiskalischen Bedürfnissen einzuräumen, schon weil der verteidigte Angeklagte sich in Vorbereitung und Durchführung seiner Verteidigung regelmäßig auf den Anwalt verlassen und bei dessen vorzeitiger Entpflichtung in der Hauptverhandlung sich dieser ggfls. schlechter präpariert gegenübersehen wird als etwa ein von vornherein unverteidigter Angeklagter, der (gezwungenermaßen) seine Verteidigung von Anfang an in die eigenen Hände nehmen musste. Dementsprechend sollte das Gebot des Vertrauensschutzes auch dahingehend

klarstellend normiert werden, dass mit Beginn der Hauptverhandlung die Beiordnung Bestand hat. Hiervon ausgenommen mögen die in § 143 Abs. 2 S. 3 E-StPO erwähnten Fälle bleiben.

b)

Die gegenwärtigen Möglichkeiten eines Beschuldigten, den zunächst bestellten Pflichtverteidiger auszuwechseln, sind begrenzt. Die gegenwärtige Rechtsprechung schützt den zunächst beigeordneten Verteidiger vor seiner Auswechslung mit einer Hartnäckigkeit, die Empathie für das Bedürfnis des Beschuldigten von einem Verteidiger seines Vertrauens vertreten zu werden nicht erkennen lässt.

aa)

Ein Wechsel des einmal beigeordneten Pflichtverteidigers ist nach gegenwärtig hM nur dann reibungslos möglich, wenn der bisherige Pflichtverteidiger einverstanden ist, die Auswechslung für den Fiskus kostenneutral erfolgt und keine wesentlichen Verzögerungen entstehen (vgl. hierzu die Voraussetzungen zusammenfassend jüngst etwa OLG Stuttgart 2 Ws 277/17 v. 25.10.2017; s. a. LG Mannheim 4 Qs 20/18 v. 23.5.2018). Dieser richterrechtlich entwickelte Kanon kann bei der Umsetzung der Prozesskostenhilferichtlinie keinen Bestand haben. Der zunächst bestellte Pflichtverteidiger erwirbt durch den Umstand seiner Beiordnung kein eigenes Recht am Mandat, das er im Falle seiner durch den Mandanten begehrten Auswechslung im Sinne eines Zustimmungsvorbehalts entgegenhalten könnte. Art. 7 Abs. 4 der Richtlinie 2016/1919/EU gewährt Beschuldigten das Recht, einen ihnen zugewiesenen Rechtsbeistand auszuwechseln zu lassen, sofern die konkreten Umstände dies rechtfertigen. Umsetzen will dies der neu zu schaffende § 143a E-StPO des Referentenentwurfs, bei dem insoweit insbesondere dessen Abs. 2 in den Blick zu nehmen ist.

Der Entwurf schlägt vor, dass für den Fall, dass dem Beschuldigten ein staatlich ausgewählter Verteidiger bestellt wurde er ebenso wie in

der Konstellation, in welchen er in Eilfällen nach lediglich kurzer Fristsetzung (primär wohl § 141 Abs. 1 Nr. 1 und 2 E-StPO) eine Benennung vornahm, ihm Gelegenheit zur Auswechslung auf entsprechenden Antrag gegeben werden muss. Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen.

In keiner Weise einzusehen ist allerdings, warum diese Möglichkeit auf zwei Wochen nach Kenntnisnahme der Beiordnung beschränkt sein soll. Dies wird auch dem Anspruch der umzusetzenden Richtlinie nicht gerecht. Vertrauen in der Mandatsbeziehung gründet nicht zuvörderst auf Sympathie in die Person des Verteidigers, sondern auf dessen Beistandsleistung. Diese kann aber innerhalb der ersten zwei Wochen durch den Beschuldigten nicht ansatzweise adäquat beurteilt werden. Tatsächlich wäre hier gerade einmal der häufige Zeitpunkt einer ersten Haftprüfung erreicht (vgl. § 118 Abs. 5 StPO). Ohne Inhaftierung ist in diesem Verfahrensabschnitt noch nicht einmal eine vollständige Gewährung von Akteneinsicht, geschweige denn deren Erschließung oder eingehende Besprechung mit dem Mandanten durch den frisch beigeordneten Verteidiger gewährleistet. Tatsächlich zehrt der Verteidiger gerade am Anfang des Mandats von einem Vertrauensvorschuss, den ihm der Mandant gewährt bzw. bei staatlicher Bestellung gewähren muss. Diesen zu rechtfertigen wird der Anwalt erst später Gelegenheit haben, ebenso wie der Mandant erst in der Folge zu eigener Beurteilung imstande ist, ob seinem Verteidiger dies ansatzweise gelungen ist oder eben nicht.

Dem Beschuldigten ist in den benannten Konstellationen daher aus hiesiger Sicht bis zur Eröffnung des Hauptverfahrens ein Wechsel des nicht selbst oder allenfalls kurzfristig gewählten beigeordneten Verteidigers auf entsprechenden Antrag zu ermöglichen.

bb)

Uneingeschränkt zu begrüßen ist die Aufnahme eines Entpflichtungsgrundes, der neben der endgültigen Zerrüttung des

Vertrauensverhältnisses auch die Entpflichtung wegen anwaltlicher Pflichtverletzungen ermöglicht, welche die Gewährleistung einer rechtsstaatlich zu garantierenden Mindestverteidigerleistung gefährden (§ 143a Abs. 2 Nr. 3 E-StPO). Gleiches gilt für die Möglichkeit den Verteidiger in der Revisionsinstanz zu wechseln.

Berlin, 20.10.2019