

## NECESSITY, NO LUXURY

Die Richtlinie EU 2016/1919 »über Prozesskostenhilfe für Verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren sowie für gesuchte Personen in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls« vom 26. Oktober 2016 und ihre Transformation in das Recht der notwendigen Verteidigung in der Strafprozessordnung – Anmerkungen zu dem Policy Paper der Strafverteidigervereinigungen und dem Referentenentwurf des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz (BMJV) vom Oktober 2018<sup>1</sup>

### I. »LAWYERS IN CRIMINAL COURTS ARE NECESSITIES NOT LUXURIES«<sup>2</sup>

Seit Jahrzehnten beklagen Strafverteidiger<sup>3</sup> und erhebliche Teile der Wissenschaft<sup>4</sup> mit guten Gründen das in der Strafprozessordnung geregelte Recht der notwendigen Verteidigung als mangelhaft und erheben die mehr als berechtigte Forderung nach dessen normativer Ausweitung sowie nach mehr Transparenz der Bestellungspraxis der Gerichte.

1 Gegenüber dem mündlichen Vortrag auf dem 43. Strafverteidigertag leicht geänderte und um Fußnoten erweiterte Fassung.

2 US Supreme Court, 18. März 1963 – Vol. 372, 335 (344) – *Gideon vs. Wainwright* zitiert nach MüKoStPO/Gaede, EMRK Art. 6 Rn. 204 Fn. 609

3 In diesem Referat wird das generische Maskulinum verwendet. Dies geschieht aus Gründen der besseren Lesbarkeit und s ausdrücklich geschlechtsabstrahierend zu verstehen.

4 *Bemmann, Grünwald* u.a./AK Strafprozeßreform, Die Verteidigung (1979), 59 ff.; *Beulke*, Der Verteidiger im Strafverfahren (1980), 47 ff. und 247 ff.; *Spaniol*, Das Recht auf Verteidigerbeistand im Grundgesetz und in der Europäischen Menschenrechtskonvention (1990), 342 ff.; *AK-StPO/Stern* (1992), Vorbem. § 140 Rn. 5 ff.; *Hermann StV* 1996, 396 ff.; *Satzger*, Gutachten C zum 65. Dt. Juristentag Bonn (2004), C 89 ff.; *Kempf*, Schriftenreihe Strafverteidigervereinigungen (SchrStVV) 29. Strafverteidigertag (2005), 273 ff.; *Deckers StraFo* 2009, 441 ff., 444; *Graalman-Scheerer StV* 2011, 696 ff.; *Jahn StraFo* 2014, 177 ff., 194; *Kitlikoglu*, Notwendige Reform, Freispruch Heft 5 (2014), 11 f.; *Ahmed StV* 2015, 65 ff.; *Schlothauer/Weider/Nobis*, Untersuchungshaft, 5. Aufl. (2016), Rn. 288; *Schlothauer*, SchrStVV 40. Strafverteidigertag (2016), 59 ff.; *Jahn*, SchrStVV 41. Strafverteidigertag (2017), 147 ff.; Ergebnisse AG 4, SchrStVV 41. Strafverteidigertag (2017), 340 ff. und Bremer Erklärung, ebenda, 347 ff.

Der Gesetzgeber nahm in den letzten Jahren begrüßenswerte Änderungen im Recht der notwendigen Verteidigung vor. Einige Beispiele:

- Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts vom 29. Juli 2009<sup>5</sup> – Neufassung des § 140 Abs. 1 Ziff. 4 StPO, Bestellung eines notwendigen Verteidigers für den in Untersuchungshaft oder in einstweiliger Unterbringung befindlichen Beschuldigten<sup>6</sup>
- StORMG vom 26. Juli 2013<sup>7</sup> – Anfügung der Ziff. 9 im § 140 Abs. 1 StPO, wenn dem Verletzten nach den §§ 397a, 406g Abs. 3 und 4 StPO ein Rechtsanwalt beigeordnet worden ist, liegt ein Fall notwendiger Verteidigung vor
- Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens vom 17. August 2017<sup>8</sup> – Einfügung von § 141 Abs. 3 Satz 4 StPO, das zuständige Gericht bestellt dem Beschuldigten für eine richterliche Vernehmung einen Verteidiger auf Antrag der Staatsanwaltschaft oder auch von Amtswegen, wenn dessen Mitwirkung aufgrund der Bedeutung der Vernehmung zur Wahrung der Rechte des Beschuldigten geboten erscheint.

Auch hat der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte Beschuldigter im Strafverfahren vom 2. Juli 2013<sup>9</sup> § 114b Abs. 2 Satz 1 Nr. 4a StPO sowie § 136 Abs. 1 Satz 3 StPO – jetzt Satz 5 – eingefügt und damit die Strafverfolgungsbehörden verpflichtet, den Beschuldigten auf die Möglichkeit einer Pflichtverteidigerbestellung im Fall der notwendigen Verteidigung hinzuweisen. Anlass für diese gesetzlichen Vorschriften war die Umsetzung von Art. 3 Abs. 1b der Richtlinie 2012/13/EU vom 22. Mai 2012.<sup>10</sup>

5 BGBl. I, 2274, 2277

6 In diesem Referat wird i. d. R. der Begriff »Beschuldigter« verwendet. Die Begriffe »Angeschuldigter« und »Angeklagter« sind – soweit Ausführungen spätere Stadien des Strafverfahrens tangieren und dennoch der Begriff »Beschuldigter« Verwendung findet – mitgemeint.

7 BGBl. I, 1805

8 BGBl. I, 3202, 3208

9 BGBl. I, 1938/1939

10 Amtsblatt der Europäischen Union 2012, L 142/1

In einer solchen Situation befinden wir uns erneut, nämlich die europarechtliche Verpflichtung des Gesetzgebers zur Umsetzung der Richtlinie EU 2016/1919 »über Prozesskostenhilfe für Verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren sowie für gesuchte Personen in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls« vom 26. Oktober 2016<sup>11</sup> – im Folgenden PKH-Richtlinie.

Ziel dieser Richtlinie ist, die gegenseitige Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen in Strafsachen innerhalb der EU zu erleichtern, wobei die EU den Mitgliedstaaten lediglich Mindeststandards vorgibt (Erwägungsgrund 2 PKH-Richtlinie).<sup>12</sup> Nach Art. 12 Abs. 1 Satz 1 der PKH-Richtlinie i. V. m. der Berichtigung im Amtsblatt der Europäischen Union vom 5. April 2017<sup>13</sup> ist diese bis zum 5. Mai 2019 in nationales Recht zu transformieren, sodass eine Neuregelung bzw. Anpassung des Rechts der notwendigen Verteidigung in der Strafprozessordnung durch Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben zu erfolgen hat. Dieser Umstand war Anlass für die Strafverteidigervereinigungen, ein Policy Paper zur »Neuordnung der Pflichtverteidigerbestellung«<sup>14</sup> – im Folgenden »Policy Paper« – zu publizieren, welches zwingend vorzunehmende Änderungen der Strafprozessordnung formuliert und nachfolgend in Teilen unter Voranstellung des jeweiligen Gesetzesvorschlags dargestellt werden soll.

Auch werde ich mich mit dem Referentenentwurf des BMJV vom Oktober 2018<sup>15</sup> – im Folgenden »Referentenentwurf« – befassen (allerdings beschränkt auf die vorgesehenen Änderungen der StPO) und Kritik, wo diese erforderlich ist, anbringen.

11 Amtsblatt der Europäischen Union 2016, L 297/1

12 Erwägungsgrund 2 der Richtlinie (Fn. 11)

13 Amtsblatt der Europäischen Union 2017, L 91/40

14 *Bahms/Burkert/Guthke/Kitlikoglu/Scherzberg*, «Neuordnung der Pflichtverteidigerbestellung« Policy Paper der Strafverteidigervereinigungen (2018)

15 Abrufbar unter [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE\\_notwendige\\_Verteidigung.pdf;jsessionid=4879B39C9A26AAE5B192CE322AB4CA9A.1\\_cid297?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_notwendige_Verteidigung.pdf;jsessionid=4879B39C9A26AAE5B192CE322AB4CA9A.1_cid297?__blob=publicationFile&v=2)

## II. DAS POLICY PAPER DER STRAFVERTEIDIGERVEREINIGUNGEN ZUR NEUORDNUNG DER PFLICHTVERTEIDIGUNG

Die Kernforderungen der Strafverteidigervereinigungen lauten schlagwortartig wie folgt:

- Ausweitung der notwendigen Verteidigung
- Vorverlagerung des Zeitpunkts der Bestellung – «Verteidiger der ersten Stunde»
- Transparenz bei der Auswahlentscheidung und Qualitätsanforderungen an die Verteidigung
- Vereinfachung des Wechsels des notwendigen Verteidigers
- Bestellung eines weiteren bzw. weiterer Verteidiger
- Abschaffung der Kostentragungspflicht des bedürftigen Verurteilten.

Einzelne Regelungsvorschläge:

### 1. § 136 StPO

»(1) 1 Bei Beginn der ersten Vernehmung ist dem Beschuldigten zu eröffnen, welche Tat ihm zur Last gelegt wird und welche Strafvorschriften in Betracht kommen. 2 Er ist darauf hinzuweisen, dass es ihm nach dem Gesetz freistehe, sich zu der Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen und jederzeit, auch schon vor seiner Vernehmung, einen von ihm zu wählenden Verteidiger zu befragen. 3 Im Fall der notwendigen Verteidigung nach § 140 StPO ist der Beschuldigte darauf hinzuweisen, dass eine Vernehmung erst nach Wahl oder Bestellung eines Verteidigers erfolgen darf. 4 Er ist ferner darüber zu belehren, dass er zu seiner Entlastung einzelne Beweiserhebungen beantragen kann. 5 In geeigneten Fällen soll der Beschuldigte auch darauf, dass er sich schriftlich äußern kann, sowie auf die Möglichkeit eines Täter-Opfer-Ausgleichs hingewiesen werden.«<sup>16</sup>

Die PKH-Richtlinie schreibt in Art. 4 Abs. 5 u. a. vor, dass die Mitgliedstaaten die Bewilligung von »Legal Aid« – übersetzt mit Prozesskostenhilfe – für Verdächtige und beschuldigte Personen *unverzüglich und spätestens vor* einer Befragung durch die Polizei, eine andere Strafverfolgungsbehörde oder eine Justizbehörde sicherstellen müssen.

<sup>16</sup> Policy Paper (Fn. 14), 21

Die Bewilligung von »Legal Aid« kann von einer Bedürftigkeitsprüfung, einer Prüfung materieller Kriterien oder von beidem abhängig gemacht werden, wie sich aus Art. 4 Abs. 1 PKH-Richtlinie ergibt. Dem System der notwendigen Verteidigung in der Strafprozessordnung ist eine Bedürftigkeitsprüfung fremd, hier sind ausschließlich materielle Kriterien i.S. der Richtlinie<sup>17</sup> ausschlaggebend, also z.B. der Katalog des § 140 Abs. 1 StPO bzw. die Regelung in Abs. 2 dieser Vorschrift. An diesem paternalistischen System soll auch zukünftig festgehalten werden.

Nach der umzusetzenden PKH-Richtlinie ist in allen Fällen notwendiger Verteidigung die Mitwirkung eines Verteidigers *vor* der ersten polizeilichen Vernehmung erforderlich. Hieraus ergibt sich zwangsläufig das Bedürfnis einer Ergänzung der Belehrung in § 136 Abs. 1 StPO. Der Beschuldigte ist ausdrücklich zu belehren, dass im Falle notwendiger Verteidigung seine Vernehmung erst nach Wahl oder Bestellung eines Verteidigers erfolgen darf. Erst durch die unmissverständliche Belehrung wird er in die Lage versetzt, seine Rechte ausüben zu können. Auch § 58 Abs. 2 StPO wäre entsprechend an die Richtlinie anzupassen.

Die geltende Regelung in § 136 Abs. 1 Satz 5 letzter Halbsatz StPO, wonach der Beschuldigte auf die Kostenfolge des § 465 StPO hinzuweisen sei, soll entfallen.<sup>18</sup> Die derzeitige Belehrung, die § 136 Abs. 1 Satz 5 letzter Halbsatz StPO vorsieht, hat – gewollt oder ungewollt – den psychologischen Effekt, dass eine Vielzahl von Beschuldigten die vermeintliche Kostenfolge meiden und auf die Hinzuziehung eines Verteidigers – jedenfalls in diesem Verfahrensstadium – verzichten. Dies würde das Ziel der PKH-Richtlinie konterkarieren.

Darüberhinausgehend sollte – wie weiter unten auszuführen sein wird – ein Antragsrecht auf Befreiung von Verfahrenskosten eingeführt werden, wenn die Voraussetzungen für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe nach den Vorschriften in bürgerlichen Rechtstreitigkeiten vorliegen, und zwar unabhängig von § 6 JBeitrG.

17 Art. 4 Abs. 4 Satz 1 Richtlinie (Fn. 11), »merits test«

18 So auch *Schlothauer/Neuhaus/Matt/Brodowski* HRRS 2018, 62 und *Schlothauer* KriPoZ 2019, 10

Ein Verstoß gegen die Belehrungspflicht aus § 136 Abs. 1 Satz 3 StPO ist mit einem Beweis(verwertungs)verbot normativ zu sanktionieren.<sup>19</sup>

## 2. § 140 StPO

Der bisherige § 140 Abs. 1 und Abs. 2 StPO sowie die in weiteren Büchern und Abschnitten der Strafprozessordnung normierten Fälle notwendiger Verteidigung sind unzureichend. Die Rechtsprechung wendet deshalb konsequenterweise in den unregulierten Fällen, in denen dennoch eine Verteidigung notwendig ist, Abs. 2 des § 140 StPO an, wobei eine positive Entscheidung hierbei dem Zufall überlassen bleibt, in welchem Gerichtssprengel das für die Entscheidung zuständige Gericht seinen Sitz hat. Die Strafverteidigervereinigungen haben aus diesem Grund einen Katalog entwickelt, der § 140 Abs. 1 StPO, wie nachfolgend dargelegt wird, ändern bzw. ergänzen soll. Dies soll gewährleisten, dass in diesen Fällen nicht der zufällige Sitz des zuständigen Gerichts über die Frage, ob ein Fall notwendiger Verteidigung vorliegt oder nicht, entscheiden soll.

Weiterer Vorteil ist die Konzentration der jeweiligen in verschiedenen Büchern und Abschnitten der Strafprozessordnung lokalisierten Fälle der notwendigen Verteidigung in einer Vorschrift:

### § 140 StPO

»(1) Die Mitwirkung eines Verteidigers ist notwendig, wenn

1. die Hauptverhandlung im ersten Rechtszug vor dem Oberlandesgericht, dem Landgericht oder dem Schöffengericht stattfindet;«<sup>20</sup>

§ 25 Nr. 2 GVG eröffnet die Zuständigkeit des Schöffengerichts ab einer Straferwartung von zwei Jahren Freiheitsstrafe. Nach der überwiegenden Rechtsprechung erfüllt eine Straferwartung von einem Jahr Freiheitsstrafe die Voraussetzung »Schwere der Tat« in § 140 Abs. 2 StPO<sup>21</sup>, sodass bei Zuständigkeit des Schöffengerichts stets ein Fall notwendiger Verteidigung anzunehmen ist.

19 *Schlothauer/Weider* StV 2004, 504 ff., 515; *Rohne*, Notwendige Verteidigung und Verteidigerbeordnung im Ermittlungsverfahren (2011), 222 ff.; *MüKo-StPO/Schuhr*, § 136 Rn. 62; *SK-StPO/Rogall*, 5. Aufl., § 136 Rn. 54

20 Policy Paper (Fn. 14), 21 ff.

21 *SK-StPO/Wohlers* (Fn. 19), § 140 Rn. 33 m. w. N. aus der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte

»4. gegen einen Beschuldigten Untersuchungshaft nach den §§ 112, 112a, die Hauptverhandlungshaft nach § 230 Abs. 2 oder die einstweilige Unterbringung nach § 126a oder 275a Abs. 6 vollstreckt wird;«<sup>22</sup>

Ziff. 4 soll die Haft nach § 230 Abs. 2 StPO einbeziehen. Der nach § 230 Abs. 2 StPO erlassene Haftbefehl entfaltet nach h. M. bis zum Ende der Hauptverhandlung Wirksamkeit.<sup>23</sup> Die Formulierung im Policy Paper ist etwas unglücklich, da der Begriff »Hauptverhandlungshaft« auch Haft nach § 127b StPO einbeziehen sollte. Die PKH-Richtlinie besagt, dass bei Haft in jedem Fall – also ausnahmslos – »Legal Aid« zu gewähren sei.

»5. der Beschuldigte sich auf Grund richterlicher Anordnung oder mit richterlicher Genehmigung in einer Anstalt oder in polizeilichem Gewahrsam befindet;«<sup>24</sup>

Aus Ziff. 5 sollen die in der jetzigen Fassung enthaltenen Zeiträume entfallen – bereits mindestens drei Monate Aufenthalt und keine Entlassung mindestens zwei Wochen vor Beginn der Hauptverhandlung. Die gewählte Formulierung ist im Wesentlichen identisch mit der Formulierung im Referentenentwurf des BMJV »der Beschuldigte sich aufgrund richterlicher Anordnung oder mit richterlicher Genehmigung in einer Anstalt befindet«<sup>25</sup>, wobei das Policy Paper auch den Aufenthalt im polizeilichen Gewahrsam im Hinblick auf die jeweiligen Landespolizeigesetze klarstellend und ergänzend benennt.

»9. ein Mitangeklagter oder ein anderer Verfahrensbeteiligter verteidigt bzw. anwaltlich vertreten wird;«<sup>26</sup>

Notwendige Verteidigung anzunehmen in dem Fall, in dem ein Mitangeklagter verteidigt wird, ist angebracht, um Waffengleichheit herzustellen.<sup>27</sup> Zu denken ist z. B. daran, dass ein unverteidigter Angeklagter einen Mitangeklagten nicht direkt befragen darf, der Verteidiger schon (§ 240 Abs. 2 Satz 2 StPO).

22 Policy Paper (Fn. 14), 21 ff.

23 *Meyer-Goßner/Schmitt*, 61. Aufl., § 230 Rn. 23; SK-StPO/Deiters (Fn. 19), § 230 Rn. 30

24 Policy Paper (Fn. 14), 21 ff.

25 Referentenentwurf (Fn. 15), 6

26 Policy Paper (Fn. 14), 21 ff.

27 *Graalman-Scheerer StV* 2011, 698

Die bisherige Rechtslage in Ziff. 9 des § 140 Abs. 1 StPO sieht lediglich den Fall der Beiordnung eines Verletztenbeistandes als verpflichtende Bestimmungsvoraussetzung vor. Nachvollziehbar ist dies nicht, da ein vermeintlich Verletzter auch einen Rechtsanwalt im Wahlmandat beauftragen und die Fähigkeit des Beschuldigten, sich selbst zu verteidigen, auch in einem solchen Fall erheblich beeinträchtigt wäre.<sup>28</sup>

»10. es hinreichend wahrscheinlich ist, dass gegen den Beschuldigten eine Freiheitsstrafe oder eine Geldstrafe von mehr als 90 Tagessätzen verhängt wird;«<sup>29</sup>

Ziff. 10 bezieht sich auf die Straferwartung, also das, was nach geltender Rechtslage unter Anwendung des § 140 Abs. 2 StPO in vielen Fällen zur Bestellung eines Pflichtverteidigers führt. Die von der Rechtsprechung bis dato angenommene Straferwartung von einem Jahr ist jedoch unzureichend. In der Literatur mehren sich die Stimmen, wonach ein Fall notwendiger Verteidigung stets anzunehmen sei, wenn eine Freiheitsstrafe zu erwarten sei, und zwar auch dann, wenn diese zur Bewährung ausgesetzt werde.<sup>30</sup>

Die Strafverteidigervereinigungen vertreten die Auffassung, dass bereits die Verhängung einer Geldstrafe von mehr als 90 Tagessätzen regelmäßig zu Nachteilen führt und Verteidigung notwendig macht. Hierauf werde ich bei der Kritik an den Regelungen des Referentenentwurfs des BMJV zurückkommen.<sup>31</sup>

»11. die Vorführung des Beschuldigten gemäß §§ 115, 115a, 128 StPO in Betracht kommt;«<sup>32</sup>

Angesichts der eklatanten Folgen, die eine Inhaftierung mit sich bringt, ist in den genannten Fällen zwingend von notwendiger Verteidigung auszugehen. Dies entspricht auch der Verpflichtung aus

28 *Meyer-Gößner/Schmitt* (Fn. 23), § 140 Rn. 31 m. w. N. und unter Hinweis auf die uneinheitliche Beurteilung durch die Oberlandesgerichte

29 Policy Paper (Fn. 14), 21 ff.

30 *AK-StPO/Stern* (Fn. 4), § 140 Rn. 27; *LR-Lüderssen/Jahn*, 26. Aufl., § 140 Rn. 64; *SK-StPO/Wohlers* (Fn. 19), § 140 Rn. 33; *MüKo-StPO/Thomas/Kämpfer*, § 140 Rn. 30; *SSW-Beulke*, StPO, 3. Aufl., § 140 Rn. 37; *Herrmann StV* 1996, 396, 400 und 402; *Kitlikoglu* (Fn. 4), 11

31 Siehe weiter unten unter III. 1.

32 Policy Paper (Fn. 14), 21 ff.

Art. 2 Abs. 4 Satz 2 und Art. 4 Abs. 4 Satz 2 a) der PKH-Richtlinie.

»12. eine Verhandlung ohne den Angeklagten nach § 231a StPO in Betracht kommt;«<sup>33</sup>

§ 231a Abs. 4 StPO sieht bereits die Bestellung eines Verteidigers vor, wenn eine Verhandlung ohne den Angeklagten bei Herbeiführung der Verhandlungsunfähigkeit durch den Angeklagten in Betracht kommt. Dies als Ziff. 12 in § 141 Abs. 1 StPO aufzunehmen entspricht dem Anliegen der Strafverteidigervereinigungen, die Fälle notwendiger Verteidigung in der StPO in einer Vorschrift zu konzentrieren.

»13. gegen den Angeschuldigten Antrag auf Erlass eines Strafbefehls gestellt wurde und das Gericht diesem Antrag entsprechen will;«<sup>34</sup>

Auch dies entspricht dem Anliegen der Strafverteidigervereinigungen, die Fälle notwendiger Verteidigung in der StPO in einer Vorschrift zu konzentrieren. §§ 408b, 407 Abs. 2 Satz 2 StPO in der geltenden Fassung sehen notwendige Verteidigung bei Verhängung einer Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr im Strafbefehlsverfahren vor. Die aktuelle Einschränkung der Straferwartung von einem Jahr sollte wegfallen. Das Strafbefehlsverfahren ist mit erheblichen rechtsstaatlichen Defiziten versehen. Ohne Hauptverhandlung und im Wesentlichen auch ohne Teilhabe des Betroffenen ergeht eine strafrichterliche Entscheidung ggf. mit einschneidenden Konsequenzen. Sicherlich ist das Strafbefehlsverfahren – für den Verteidigten! – unter Umständen die unter vielerlei Gesichtspunkten ökonomische Lösung, falls eine andere verfahrensbeendende Möglichkeit ohne Urteil nicht in Betracht kommt. Dies setzt allerdings auch Teilhabe an diesem Verfahren voraus, die jedoch – so die Erfahrungen – regelmäßig nicht gewährleistet bzw. nicht festzustellen ist. Die Strafverteidigervereinigungen melden bei der aktuellen Rechtslage erhebliche Bedenken im Hinblick auf die Einhaltung einer Vielzahl rechtsstaatlicher Grundsätze an. Zu benennen sind das Recht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 GG sowie auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG und auf ein faires Verfahren, der Schuldgrundsatz, die Unschuldsvermutung und nicht

33 ebenda

34 ebenda

zuletzt das Recht auf effektive Verteidigung. Allein die Möglichkeit des Einspruchs gegen den Strafbefehl ist kein geeigneter Ausgleich, um den genannten Defiziten zu begegnen.<sup>35</sup>

Per Strafbefehl verhängte Geldstrafen enden zahlreich und gerade in den Fällen, die die PKH-Richtlinie im Blick hat – ökonomisch Schwache und Bedürftige –, in Ersatzfreiheitsstrafe.<sup>36</sup>

»14. die Staatsanwaltschaft gegen ein Urteil das Rechtsmittel einlegt;«<sup>37</sup>

Notwendige Verteidigung ist anzunehmen, wenn die Staatsanwaltschaft gegen ein Urteil Rechtsmittel einlegt, sei es Berufung, sei es Revision. Diese Konstellation regelt die Rechtsprechung derzeit – allerdings einzelfallbezogen – über § 140 Abs. 2 StPO, z. B. in Fällen, in denen ein den Angeklagten freisprechendes Urteil angefochten wird oder die Staatsanwaltschaft mit dem Rechtsmittel die Verhängung einer Freiheitsstrafe anstatt einer Geldstrafe oder den Wegfall der Bewährung erstrebt.<sup>38</sup>

»15. im Verfahren über die Einziehung und Vermögensbeschlagnahme nach §§ 423, 433, 435 und 443.«<sup>39</sup>

Die Verfahren nach den genannten Vorschriften sind hoch kompliziert und ohne Verteidigung nicht sinnvoll zu behandeln – zumal sachgemäße Verteidigung hiergegen regelmäßig umfassende Akteneinsicht voraussetzt.

### 3. § 140a StPO

»Die Mitwirkung eines Verteidigers im Vollstreckungsverfahren ist notwendig, wenn

1. das Gericht die weitere Unterbringung nach § 67e StGB (alle Maßregelformen) überprüft;
2. ein Verfahren zur nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 66b StGB eingeleitet wird;

35 Ausführlich hierzu Policy Paper (Fn. 14), 11 ff »EXKURS: Kein Strafbefehlsverfahren ohne Verteidiger«

36 So auch Stellungnahme RAV (Fn. 78), 3

37 Policy Paper (Fn. 14), 21 ff.

38 *Meyer-Gößner/Schmitt* (Fn. 23); § 140 Rn. 26a m. w. N. aus der Rechtsprechung

39 Policy Paper (Fn. 14), 21 ff.

3. im Verfahren über den Widerruf der Strafaussetzung einer Freiheitsstrafe;
4. im Verfahren über die Aussetzung des Strafrestes einer Freiheitsstrafe, wenn der Antrag nicht unzulässig ist;
5. im Verfahren über die Anordnung der Führungsaufsicht und im Verfahren über die nachträgliche Änderung oder Anordnung von Weisungen nach § 68d StGB.«<sup>40</sup>

Die Rechtsprechung wendet § 140 Abs. 2 StPO im Vollstreckungsverfahren analog – jedoch einschränkend und mehr als zurückhaltend – an.<sup>41</sup> Abgestellt wird hierbei auf die Schwere des Vollstreckungsfalles für den Verurteilten oder auf die besondere Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage im Vollstreckungsverfahren.<sup>42</sup> Da auch insoweit die Annahme notwendiger Verteidigung nicht von dem Zufall abhängig gemacht werden darf, welches Gericht in welchem Oberlandesgerichtsbezirk gerade zuständig ist, wollen die Strafverteidigervereinigungen ein einheitliches Vorgehen durch Rechtssetzung gewährleisten.

Ziff. 1. und 2. entsprechen dem bisherigen Stand der Rechtsprechung.<sup>43</sup> § 463 Abs. 8 StPO sieht die Bestellung eines Verteidigers lediglich in den Fällen der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung vor.

Ziff. 3. bis 5. stellen ebenfalls Fälle notwendiger Verteidigung dar, da die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe einen gravierenden Einschnitt in die Lebenssituation des betreffenden Menschen darstellt. Aufgrund der Schwierigkeit der Sachlage und den sich aus der zu treffenden Gerichtsentscheidung ergebenden Konsequenzen für das Individuum – sowohl in den Fällen, in denen ein Bewährungswiderruf geprüft wird, als auch in den Fällen der Prüfung einer Reststrafenaussetzung – ist die Mitwirkung eines Verteidigers regelmäßig erforderlich. Dies gilt im Übrigen auch für das Verfahren über die Anordnung der Führungsaufsicht, insbesondere wenn beachtet wird,

40 Policy Paper (Fn. 14), 25

41 *Meyer-Gofßner/Schmitt* (Fn.23), § 140 Rn. 33 m. w. N.

42 ebenda

43 *Meyer-Gofßner/Schmitt* (Fn.23), § 140 Rn. 33a m. w. N.

dass Verstöße gegen Weisungen der Führungsaufsicht nach § 145a StGB strafbewährt sind.

#### 4. § 141 StPO

- »(1) Dem Beschuldigten, der noch keinen Verteidiger hat, ist in den Fällen des § 140 Abs. 1 Nr. 2, 3, 5, 7, 10 und 11 ein Verteidiger zu bestellen, bevor er erstmals von der Polizei, der Staatsanwaltschaft oder dem Gericht vernommen wird.
- (2) Liegt ein Fall notwendiger Verteidigung vor, ist dem Angeschuldigten, der noch keinen Verteidiger hat, ein Verteidiger zu bestellen, nachdem er gemäß § 201 zur Erklärung über die Anklageschrift aufgefordert worden ist. Die Bestellung hat zu erfolgen, bevor das Gericht über die Eröffnung des Hauptverfahrens entscheidet.
- (3) Ergibt sich erst später, dass ein Verteidiger notwendig ist, so wird er sofort bestellt.
- (4) Auf Antrag des Beschuldigten oder der Staatsanwaltschaft ist ein Verteidiger schon während des Vorverfahrens zu bestellen, wenn die Voraussetzungen des § 140 StPO vorliegen und der Beschuldigte noch keinen Verteidiger hat.
- (5) Über die Notwendigkeit der Bestellung entscheidet der Vorsitzende des Gerichts, bei dem das Verfahren anhängig ist. Im Vorverfahren entscheidet das nach § 125 StPO zuständige Gericht.«<sup>44</sup>

Angesichts des Bedeutungsverlustes der Hauptverhandlung und des Bedeutungsgewinns des Ermittlungsverfahrens ist – ebenfalls seit Jahrzehnten – das berechtigte Begehren der Praktiker auf Verteidigerseite und Teilen der Wissenschaft zu vernehmen, die Teilnahme eines Verteidigers bereits im Ermittlungsverfahren zu implementieren, um dem Strukturwandel und der Schwerpunktverlagerung von der Hauptverhandlung hin zum Ermittlungsverfahren effizient zu begegnen.<sup>45</sup> *Herrmann* spricht von der hauptverhandlungsgestaltenden

44 Policy Paper (Fn. 14), 25/26

45 *Richter* II StV 1985, 382 ff.; *Herrmann* StV 1996, 401 ff.; *Schlothauer/Weider* StV 2004, 504 ff.; *Satzger* (Fn. 4), C 17 ff.; *Mehle*, Zeitpunkt und Umfang notwendiger Verteidigung im Ermittlungsverfahren (2006), 40 ff.; *Rohne* (Fn. 19), 169 ff., 232 ff

Wirkung des Vorverfahrens.<sup>46</sup> Die forensische Praxis lehrt, dass die Hauptverhandlung die Reproduktion der Beweise, die im vorbereitenden Verfahren gewonnen wurden, zum Gegenstand hat, sodass im Ermittlungsverfahren die Weichenstellung für Verurteilung oder Freispruch bzw. Verfahrenseinstellung erfolgt – und zwar in der Regel ohne Möglichkeit der Einflussnahme durch den Beschuldigten bzw. durch dessen Verteidigung in diesem Verfahrensstadium. Auch insoweit ist »der Verteidiger der ersten Stunde« von – prozessentscheidender – Relevanz.

Die PKH-Richtlinie sieht in Art. 4 Abs. 4 vor, dass Verteidigung dann sicherzustellen sei, wenn Untersuchungshaft drohe, sodass spätestens dann, wenn ein Beschuldigter nach einer vorläufigen Festnahme einem zuständigen Gericht zur Entscheidung über die Haft vorgeführt wird, ein Verteidiger bestellt werden muss.<sup>47</sup> Darüber hinausgehend sieht die PKH-Richtlinie vor, dass »Legal Aid« unverzüglich, spätestens vor einer Befragung durch die Polizei, eine andere Strafverfolgungsbehörde oder eine Justizbehörde oder vor Identifizierungsgegenüberstellung, Vernehmungsgegenüberstellung und Tatrekonstruktion bewilligt wird<sup>48</sup> – auf das deutsche Strafprozessrecht übertragen ein Verteidiger zu bestellen ist, falls kein Wahlverteidiger beauftragt wurde.

Dem wird in § 141 StPO des Vorschlages der Strafverteidigervereinigungen Rechnung getragen. Nach Abs. 1 ist in den dort genannten Fällen ein Verteidiger zu bestellen, bevor der Beschuldigte erstmals von der Polizei, der Staatsanwaltschaft oder dem Gericht vernommen wird. Dies entspricht den Vorgaben der PKH-Richtlinie.

Abs. 2 des Vorschlages sieht vor, dass nach Erhebung der Anklageschrift die Bestellung eines Verteidigers so rechtzeitig zu erfolgen hat, dass dieser zur Anklageschrift noch Stellung nehmen kann, also bevor das Gericht über die Eröffnung des Hauptverfahrens entschieden hat. Die forensische Praxis lehrt im Falle eines unverteidigten

46 Herrmann StV 1996, 401

47 Bereits nach geltendem Recht dem zustimmend: LG Halle, Beschluss vom 26. März 2018, 10 a Qs 33/18; Meyer-Göfner/Schmitt (Fn. 23), § 141 Rn. 5a ff.; SSW-StPO/Beulke (Fn. 30), § 141 Rn. 19; HK-Julius/Schiemann, 6. Aufl., § 141 Rn. 12; Krawczyk in Beck OK-StPO, § 141 Rn. 8; Schlothauer StV 2017, 557; Schiemann KriPoZ 2017, 344; Burhoff StRR 2018, 4

48 Art. 4 Abs. 5 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 c Richtlinie (Fn. 11)

Angeschuldigten, dass die Bestellung eines Verteidigers nicht selten mit der Eröffnungsentscheidung erfolgt und somit in der Konsequenz das Zwischenverfahren für diesen Angeschuldigten leerläuft.

Da in den Fällen notwendiger Verteidigung die Mitwirkung des Verteidigers bereits vor der ersten polizeilichen Vernehmung zu erfolgen hat, müssen selbstverständlich – wie oben bereits dargelegt – auch die Belehrungsvorschriften umgestaltet werden, und zwar dahingehend, dass der Beschuldigte darauf hingewiesen werden muss, dass eine Vernehmung erst nach Wahl oder Bestellung eines Verteidigers erfolgen darf, wie oben unter II. 1. dargelegt.

Verstöße sind per Beweis(verwertungs)verbot zu sanktionieren.<sup>49</sup>

## 5. § 142 StPO

»(1) Dem Beschuldigten ist ein Verteidiger seiner Wahl zu bestellen. Ihm ist zuvor Gelegenheit zu geben, innerhalb einer zu bestimmenden Frist diese Wahl vorzunehmen. In den Fällen des § 140 Abs. 1 Nr. 4, 11 und 12 StPO hat er diese Wahl unverzüglich vorzunehmen. In den anderen Fällen beträgt die ihm zu gewährende Frist mindestens eine Woche.

(2) Sofern der Beschuldigte keinen Verteidiger benennt, wird dieser vom Gericht auf Vorschlag der Rechtsanwaltskammer bestellt. Die Rechtsanwaltskammer hat bei der Auswahl ausschließlich die erkennbaren Interessen des Beschuldigten zu berücksichtigen.«<sup>50</sup>

Die Gründe, weshalb der Bestellungsverfahren transparenter gestaltet werden muss, wurden in der Vergangenheit mannigfach dargestellt.<sup>51</sup> Jeder Praktiker kennt diese Problematik aus eigener Erfahrung mit der Justiz und den entsprechenden Kolleginnen und Kollegen.

a. Abs. 1 des Vorschlages der Strafverteidigervereinigungen räumt dem Beschuldigten bei der Auswahl der Person des Pflichtverteidigers

49 *Schrepfer*, Die Anwesenheit des Verteidigers bei der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung (2001), 206 ff.; *Mehle* (Fn. 45), 321 ff., 412 f.; *Rohne* (Fn. 19), 197 ff., 233 ff.; *von Stetten* FS Beulke (2015), 1053 ff.

50 Policy Paper (Fn. 14), 26 ff.

51 *Hahn*, Die notwendige Verteidigung im Strafprozeß (1975), 90/91; *Schlothauer* StV 1981, 443; *Jahn* StraFo 2014, 177ff.; *Ahmed* StV 2015, 65 ff.; *Leitmeier*, SchrStVV 41. Strafverteidigertag, 111 ff.; *Jahn*, SchrStVV 41. Strafverteidigertag, 147 ff.

ein uneingeschränktes Auswahlrecht ein. Dies entspricht der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Als Beispiel sei die Entscheidung vom 25. September 2001 zu 2 BvR 1152/01 genannt, in der das Bundesverfassungsgericht folgendes ausführt:

»Durch die Beiordnung eines Verteidigers soll der Beschuldigte nach dem Willen des Gesetzgebers grundsätzlich gleichen Rechtsschutz erhalten wie ein Beschuldigter, der sich auf eigene Kosten einen Verteidiger gewählt hat; dies gebietet bereits das verfassungsrechtliche Gleichheitsgebot (Art. 3 Abs. 1 GG), folgt aber auch aus Art. 6 Abs. 3 Buchstabe c MRK. Dem entspricht es, dass dem Beschuldigten der Anwalt seines Vertrauens als Pflichtverteidiger beizuordnen ist, wenn dem nicht wichtige Gründe entgegen stehen ...

Der verfassungsrechtliche Rang der Verteidigung durch den Anwalt des Vertrauens des Beschuldigten ist mithin der entscheidende Maßstab für die Auswahl eines Pflichtverteidigers, dem sich das Auswahlrecht des Gerichtsvorsitzenden, das seine Berechtigung aus einer Vorschrift einfachen Gesetzesrechts herleitet (§§ 141 Abs. 4, 142 Abs. 1 Satz 1 StPO), unterzuordnen hat. Mangelndes Vertrauen gibt grundsätzlich Veranlassung, von der Bestellung abzusehen. Dabei macht es keinen Unterschied, ob es sich um die Bestellung des Erst- oder Zweitverteidigers handelt ... Denn die Aufgabe des zweiten Pflichtverteidigers kann – von Ausnahmefällen etwa zu befürchtenden Missbrauchs der Stellung des Erstverteidigers durch diesen oder den Beschuldigten abgesehen ... – nicht allein auf die Verfahrenssicherung beschränkt werden. Sie muss in gleicher Weise die sachgerechte Verteidigung des Beschuldigten gewährleisten. Wie wichtig die Vertrauensbasis auch auf dieser Ebene ist, wird insbesondere dann deutlich, wenn der erste Pflichtverteidiger verhindert ist und die Verteidigung allein von dem zweiten Pflichtverteidiger geführt werden muss.«<sup>52</sup>

Benennung des Vertrauens-»Wahl«-Pflichtverteidigers durch den Beschuldigten muss somit das ausschlaggebende Kriterium sein.<sup>53</sup> Folgende Argumente sind hierbei ausschlaggebend:

52 BVerfG NJW 2001, 3695, 3696; siehe auch OLG Frankfurt am Main, B. v. 17.03.2009 - 3 Ws 223/09 und OLG Brandenburg, B. v. 20.10.2014 - 1 Ws 162/14

53 Dafür Stellungnahme Strafrechtsausschuss DAV (Fn. 78), 13 und Schoeller StV 2019, 197/198

aa. Die Ungleichbehandlung zwischen dem Beschuldigten, der sich einen Wahlanwalt finanziell leisten kann und demjenigen, dem dies aus wirtschaftlichen Gründen nicht möglich ist, wird vermieden.<sup>54</sup> Überspitzt formuliert könnte sich dies für den Beschuldigten, dem die Wahl seines Vertrauensanwalts als Pflichtverteidiger versagt wird so darstellen, dass der Reiche auswählen kann, der Arme das nehmen muss, was ihm angeboten wird.

bb. Die Subjektstellung des Beschuldigten wird hierbei beachtet und wertgeschätzt. Auch stellt die Vertrauensbasis, die zwischen dem Beschuldigten und dessen Verteidiger existiert, eine Notwendigkeit, die eine sachgerechte, effiziente und dem Interesse des Beschuldigten dienende Verteidigung gewährleistet, dar.<sup>55</sup> Dem autonomen Wunsch des Beschuldigten ist insoweit Vorrang zu geben.

cc. Darüber hinausgehend sollte auch an die Integrität der Anwaltschaft appelliert und auch auf diese vertraut werden. Es dürfte nicht weniger als eine Gewissensfrage sein, von einem Menschen, der einem erhebliches Vertrauen entgegenbringt, ein Mandat anzunehmen, wohl wissend, dieser Aufgabe tatsächlich nicht gewachsen zu sein. Der angefragte Rechtsanwalt hat sich selbstkritisch zu hinterfragen, ob er den Anforderungen des ihm angetragenen Verteidigungsmandats entsprechen kann, ob er effektive Verteidigung leisten kann. Kann er dies nicht und ist er dieser Aufgabe nicht gewachsen, so ist er – unabhängig von gesetzlichen Vorgaben – unter moralischen Gesichtspunkten verpflichtet, die Mandatsannahme und die Bestellung abzulehnen und ggf. die ihm vertrauende Person an einen geeigneten und fähigen Verteidiger weiterzuleiten bzw. entsprechende Empfehlung auszusprechen.

b. Die in der aktuellen Fassung vorhandene Einschränkung in § 142 Abs. 1 Satz 2 StPO – Bestellung des Verteidigers nur dann, wenn kein wichtiger Grund entgegensteht – soll gestrichen werden, da die Auslegung dieses Rechtsbegriffs willkürliche Entscheidungen der Gerichte zulässt. Eine Notwendigkeit für diese Beschränkung ist nicht zu erkennen.

<sup>54</sup> *Schlothauer* KriPoZ 2019, 8

<sup>55</sup> *Schlothauer* StV 1981, 443 ff., 446; *Spaniol* (Fn. 4), 334; *Meyer-Goßner/Schmitt* (Fn. 23), § 140 Rn. 9

Dem Beschuldigten ist eine Mindestfrist von einer Woche einzuräumen; Ausnahmen bilden die Fälle des § 140 Abs. 1 Nr. 4 – Untersuchungshaft oder anderweitige Unterbringung –, der Nr. 11 – Vorführung – und der Nr. 12 – Verhandlung ohne den Angeklagten nach § 231a StPO. Inhaftierung bringt die Problematik mit sich, dass der Beschuldigte Zeit benötigt, bis er tatsächlichen und persönlichen Kontakt zu dem von ihm gewünschten Verteidiger aufnehmen kann – der Beschuldigte bittet per Brief oder Karte den Verteidiger um einen Besuch, der Verteidiger muss unter Umständen eine Besuchserlaubnis für ein Anbahnungsgespräch beantragen, die Akte ist nicht greifbar, da auf dem Weg von der zuständigen Haftrichterabteilung zur Staatsanwaltschaft, der Verteidiger muss den Mandanten in der Justizvollzugsanstalt aufsuchen etc. Die Zeit vergeht, Fristablauf droht; deshalb die Mindestfrist von einer Woche in dem Vorschlag, realistisch sind eher zwei Wochen.<sup>56</sup>

Um den eingangs erwähnten Zuständen bei dem Vorgang der Pflichtverteidigerbestellung, die teilweise auch als Missstände zu bezeichnen sind, zu begegnen, wird im Policy Paper vorgeschlagen, dass in den Fällen, in denen der Beschuldigte keinen Verteidiger benennt, die Auswahl des notwendigen Verteidigers durch die jeweils zuständige Rechtsanwaltskammer als Selbstverwaltungsorgan der Anwaltschaft erfolgt und der formelle Beststellungsakt dann durch das jeweils zuständige Gericht. Damit wird die Hoffnung einer durchgehend sachgerechten Auswahl verbunden, und zwar unter besonderer Berücksichtigung des jeweiligen Interesses des Beschuldigten und frei von jeglicher justizieller Einflussnahme. Die Konsequenz: Das Auswahlverfahren wäre transparenter, das jeweilige Gremium der Rechtsanwaltskammer wäre zur Rechenschaft verpflichtet.

Der zuständigen Rechtsanwaltskammer sollten zumindest folgende Informationen zugehen:

- Angaben zu dem vorgeworfenen Straftatbestand, dem Geschlecht des Beschuldigten, dessen Alter und Wohnort und der Sprachkenntnisse, damit eine differenzierte Auswahl erfolgen kann sowie

<sup>56</sup> Gemeinsame Empfehlungen der Strafverteidigervereinigungen zur Praxis der Beordnung... StV 2010, 109/110 zwei Wochen; *Jahn StraFo* 2014, 177 ff., 185/186; *MüKo-StPO/Thomas/Kämpfer*, § 141 Rn. 24; *SK-StPO/Wohlers* (Fn. 19), § 141 Rn. 10

- eine kurze Sachverhaltsschilderung, die wiederum eine interessen-spezifischere Auswahl ermöglichen würde.

Die Bundesrechtsanwaltsordnung müsste dementsprechend wie folgt ergänzt werden:

§ 37 (Auswahl von Pflichtverteidigern)

- »(1) Die Rechtsanwaltskammer ist für die in ihrem Bezirk vorzunehmende Auswahl an Pflichtverteidigern gemäß § 142 Abs. 2 StPO zuständig.
- (2) Die örtlich zuständige Rechtsanwaltskammer führt eine Liste von Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten, die sich bereit erklärt haben, Pflichtvertretungen zu übernehmen und mindestens ein Jahr zugelassen sind und jährlich Fortbildungen im Umfang des § 15 FAO nachweisen können.
- (3) Die Liste ist mindestens jährlich zu aktualisieren.
- (4) Die Auswahl des Pflichtverteidigers erfolgt aus der nach Abs. 2 zu erstellenden Liste. Die Auswahl hat gleichmäßig zu erfolgen.«<sup>57</sup>

Abs. 2 des Vorschlages bezieht sich auf den Qualitätsstandard, den die PKH-Richtlinie in Art. 7 vorgibt. Der Nachweis jährlicher Fortbildung ist als Mindestqualifikationskriterium anzusehen.

Erforderlichenfalls müssten – falls nicht bereits vorhanden – Not-/Präsenzdienste etabliert werden, insbesondere zu Nachtzeiten und am Wochenende. Dies würde eine weitere Änderung der Bundesrechtsanwaltsordnung bedeuten, die wie folgt lauten könnte:

§ 38 (Präsenzdienste)

- »(1) Die Rechtsanwaltskammer richtet einen Not- und Präsenzdienst ein, der die notwendige Verteidigung insbesondere in den Fällen des § 141 Abs. 1 StPO sicherstellt.
- (2) Die Rechtsanwaltskammer kann die Erfüllung dieser Aufgaben an andere anwaltliche Organisationen delegieren.«<sup>58</sup>

Das Auswahlverfahren könnte alternativ auch als rollierendes System – ähnlich der Hilfsschöffenliste – ausgestaltet werden, wobei in jedem Fall Zugriffe u. ä. dokumentiert werden müssen.

<sup>57</sup> Policy Paper (Fn. 14), 33/34

<sup>58</sup> ebenda

## 6. § 143 StPO

- »(1) Die Bestellung ist zurückzunehmen, wenn ein anderer Verteidiger gewählt wird und dieser die Wahl annimmt.
- (2) Auf Antrag des Beschuldigten ist diesem ein anderer als der zunächst bestellte Pflichtverteidiger zu bestellen. Für die Auswahl gelten die Vorschriften des § 142 Abs. 1, 2 StPO. Dieser Antrag kann im Verfahren nur einmal gestellt werden, es sei denn, dass bei weiteren Anträgen durch den Beschuldigten dargelegt wird, dass das Vertrauensverhältnis zu dem bestellten Verteidiger tiefgreifend erschüttert ist oder dass aus sonstigem wichtigen Grund eine Auswechslung zu erfolgen hat. Der Antrag ist spätestens eine Woche nach Zustellung der Ladung zur Hauptverhandlung zu stellen.«<sup>59</sup>

Undankbar und unschön sind Situationen, in denen sich ein von dem Beschuldigten gewählter Verteidiger meldet und der bereits durch das Gericht bestellte notwendige Verteidiger entpflichtet werden soll. Der Widerruf der Bestellung aus wichtigem Grund ist in der Strafprozessordnung nicht vorgesehen, jedoch nach herrschender Meinung und Praxis zulässig, wenn Umstände vorliegen, die den Zweck der Pflichtverteidigung, dem Beschuldigten einen geeigneten Beistand zu sichern und den ordnungsgemäßen Verfahrensablauf zu gewährleisten, ernsthaft gefährden.<sup>60</sup> So sollen grobe Pflichtverletzungen zum Widerruf berechtigen, pauschale, nicht näher belegte Vorwürfe gegen den Verteidiger rechtfertigen die Entpflichtung dagegen nicht.<sup>61</sup>

Nach geltender Rechtslage ist die Bestellung auch aufzuheben, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen dem Beschuldigten und dem Verteidiger endgültig und nachhaltig erschüttert ist und deshalb zu besorgen sei, dass die Verteidigung objektiv nicht sachgerecht geführt werden könne.<sup>62</sup> Die ernsthafte Störung des Vertrauensverhältnisses hat der Beschuldigte oder/und der Verteidiger substantiiert darzulegen.<sup>63</sup> Dies hat nach herrschender Rechtsprechung in concreto die Offenlegung

59 Policy Paper (Fn. 14), 29/30

60 *Meyer-Goßner/Schmitt* (Fn. 23), § 143 Rn. 3 m. w. N.

61 *Meyer-Goßner/Schmitt*, a. a. O., Rn. 4 ff.

62 *Meyer-Goßner/Schmitt*, a. a. O., Rn. 5.

63 *Meyer-Goßner/Schmitt*, ebenda

von Mandatsinterna zur Folge. Um dem zu begegnen, soll nach dem Vorschlag im Policy Paper allein der Antrag des Beschuldigten, diesem einen anderen als den zunächst bestellten Verteidiger zu bestellen, ausreichen.

Um einem möglichen »Anwaltskarussell« vorzubeugen, kann ein solcher Antrag, der einer weiteren Begründung nicht bedarf, im Verfahren nur einmal gestellt werden – sog. »Freischussregelung«. Weitere Anträge müssen inhaltlich begründet werden und erfordern die Darlegung, dass das Vertrauensverhältnis zu dem bestellten Verteidiger tiefgreifend erschüttert sei oder dass aus sonstigem wichtigem Grunde eine Auswechslung zu erfolgen habe, allerdings sollte die Schwelle herabgesetzt werden.

## 7. § 144 StPO (Mehrere Pflichtverteidiger)

- »(1) In den Fällen der §§ 76 Abs. 2 Satz 3, 120, 120b GVG ist dem Beschuldigten auf Antrag ein zweiter Pflichtverteidiger zu bestellen.
- (2) Dem Beschuldigten ist auf seinen Antrag auch dann ein zweiter oder ein weiterer Pflichtverteidiger zu bestellen, wenn dies aufgrund des Umfangs des Verfahrens oder der Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage geboten erscheint.«<sup>64</sup>

In Umfangsverfahren oder in besonders schwierigen Verfahren ist eine Verteidigung durch mehrere Verteidiger geboten. Die Rechtsprechung hat ausnahmsweise in Fällen unabweisbaren Bedürfnisses die Bestellung mehr als eines notwendigen Verteidigers angenommen.<sup>65</sup>

Erstinstanzliche Verfahren vor dem Oberlandesgericht (§§ 120, 120b GVG) oder Verfahren vor der großen Strafkammer in Besetzung mit drei Berufsrichtern nach § 76 Abs. 2 Satz 3 GVG sind als besonders umfangreich und/oder schwierig zu bezeichnen, sodass in diesen Fällen nach Abs. 1 des Vorschlages auf Antrag zwingend ein zweiter Pflichtverteidiger zu bestellen ist.

Ein zweiter oder ein weiterer Pflichtverteidiger sind auf Antrag auch dann zu bestellen, wenn dies aufgrund des Umfangs des Verfahrens

<sup>64</sup> Policy Paper (Fn. 14), 30/31

<sup>65</sup> *Meyer-Gofßner/Schmitt* (Fn. 23), § 141 Rn. 1a m. w. N.

oder der Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage geboten erscheint. Damit sind die Fälle gemeint, in denen mit einer besonders langen Hauptverhandlung zu rechnen ist oder ein besonderer Umfang oder eine besondere Schwierigkeit angenommen wird. Nicht selten erstreckt sich eine Hauptverhandlung in z. B. einer umfangreichen Wirtschaftsstrafsache über einen Zeitraum von mehreren Jahren; das Aktenvolumen beträgt mehrere Terabyte.

## 8. § 216 StPO

»(3) Der Angeklagte ist mit der Ladung auf die Vorlage der Nachweise nach § 465 Abs. 4 hinzuweisen.«<sup>66</sup>

### § 465 StPO

»(4) Das Gericht sieht auf Antrag des Angeklagten davon ab, diesem die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen, wenn die Voraussetzungen der Bewilligung von Prozesskostenhilfe nach den Vorschriften in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vorliegen. Der Angeklagte hat das Vorliegen dieser Voraussetzungen auf Verlangen des Gerichts spätestens zum Zeitpunkt des § 258 Abs. 1 nachzuweisen.«<sup>67</sup>

Zwar regelt § 6 JBeitrG, dass für die Vollstreckung von Verfahrenskosten die Vorschriften der ZPO, insbesondere die Pfändungsschutzvorschriften gelten. Allerdings wird hierbei übersehen, dass die betreffende Person im Falle der Nichtbeitreibung und im Falle der Nichtvollstreckung der geltend gemachten Kosten zur Vermögensaukunft, mit den sich hieraus ergebenden Konsequenzen, verpflichtet werden kann. Der inhaftierte Verurteilte muss befürchten, dass mit Ausnahme des gesperrten Teils, der zur Aufstockung des Überbrückungsgeldes erforderlich ist, das Eigengeld grundsätzlich pfändbar bleibt und – wie die Praxis zeigt – auch gepfändet wird. §§ 850c ff. ZPO finden nach Ansicht des BGH keine Anwendung – auch keine entsprechende Anwendung.<sup>68</sup> Es besteht daher ein dringendes Bedürfnis, Verurteilte, die über die erforderlichen finanziellen Mittel zur Ausgleichung von Verfahrenskosten nicht verfügen, von der Kos-

66 Policy Paper (Fn. 14), 31

67 Policy Paper (Fn. 14), 32

68 BGH StV 2004, 558 ff.; BGH NJW 2013, 3312 f.; BGH NJW 2015, 2493 f.

tenlast zu befreien.<sup>69</sup>

Die vom Bundesverfassungsgericht zu Recht hochgehaltene Maxime »Resozialisierung als Vollzugsziel«<sup>70</sup> läuft in diesen Fällen leer oder wird zumindest erheblich beeinträchtigt. Es widerspricht in eklatanter Weise dem Resozialisierungsgedanken, den Verurteilten – insbesondere dem inhaftierten Verurteilten – die Wiedereingliederung durch die Verpflichtung, einen erheblichen Schuldenstand abzubauen – bei Umfangsverfahren kann sich die Kostenlast im sechsstelligen oder gar siebenstelligen Eurobereich bewegen –, zu erschweren oder gar unmöglich zu machen.<sup>71</sup> Dem gilt es zu begegnen.

Sieht das Gericht auf Antrag des Angeklagten davon ab, diesem die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen, ist eine endgültige Regelung erreicht.

### III. DIE UMSETZUNG DER PKH-RICHTLINIE UND DER REFERENTENENTWURF – KRITIK HIERAN

Die Bundesrepublik ist verpflichtet, die PKH-Richtlinie bis zum 5. Mai 2019 normativ umzusetzen. Der vorliegende Referentenentwurf des BMJV geht dies an und nimmt die Umsetzungsverpflichtung zum Anlass, den

»nur punktuell geregelt und in erheblichen Teilen von Richterrecht geprägten Bereich«

der notwendigen Verteidigung und Pflichtverteidigung

»möglichst umfassend zu normieren und dabei systematisch klarer zu strukturieren, um die Verständlichkeit und Handhabbarkeit zu verbessern.«<sup>72</sup>

Hierbei soll die Umsetzung der PKH-Richtlinie unter

»grundsätzlicher Beibehaltung des bewährten Systems der

69 In diesem Sinne: *Bemmann* u. a. (Fn. 4), 49 ff.; *Rieß* StV 1981, 460 ff., 464 (Rückgriff nur nach den Ratenzahlungsvorschriften der PKH zulässig); *Haffke* StV 1981 471 ff., 478 (Gewährung von PKH); *Spaniol* (Fn. 4), 346 (Endgültige Kostenbefreiung des mittellosen Beschuldigten); AK-StPO/*Stern* (Fn. 4), § 140 Rn. 32; *Kitlikoglu* (Fn. 4), 12

70 BVerfG, Beschlüsse v. 30. Juni 2015 - 2 BvR 1857/14 und v. 15. Mai 2018 - 2 BvR 287/17; *Kitlikoglu*, SchrStVV 27. Strafverteidigertag (2003), 57 ff.

71 so auch AK-StVollzG/*Galli*, 7. Aufl., Teil II § 56 LandesR Rn. 12

72 Referentenentwurf (Fn. 15), 1

notwendigen Verteidigung erfolgen.«<sup>73</sup>

Ein Fall notwendiger Verteidigung soll nicht mehr erst – wie nach geltendem Recht – mit der Vollstreckung von Untersuchungshaft oder vorläufiger Unterbringung, sondern bereits mit einer Vorführung vor einem Richter vorliegen.<sup>74</sup> Darüber hinausgehend sollen die zeitlichen Beschränkungen des geltenden Rechts in sonstigen Fällen des Freiheitsentzuges gestrichen werden.<sup>75</sup> Um den Vorgaben der PKH-Richtlinie zur Berücksichtigung der Schwere der zu erwartenden Strafe auch vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EGMR gerecht zu werden, soll ein Fall notwendiger Verteidigung

»allgemein ab einer Straferwartung von mindestens sechs Monaten Freiheitsstrafe gegeben sein.«<sup>76</sup>

Kurze Wiederholung: Art. 4 Abs. 5 der PKH-Richtlinie verpflichtet den deutschen Gesetzgeber »Legal Aid« unverzüglich und spätestens vor einer Befragung durch die Polizei, eine andere Strafverfolgungsbehörde oder eine Justizbehörde oder vor Durchführung von bestimmten Ermittlungs- oder Beweiserhebungshandlungen zu bewilligen; Art. 7 verhält sich zu den Qualitätsanforderungen der mit der Gewährung von »Legal Aid« verbundenen Dienstleistungen; Art. 8 betrifft die Rechtsbehelfe; Art. 9 besonders schutzbedürftige Personen.

Der Ansatz des BMJV, an dem bisherigen System der notwendigen Verteidigung der Strafprozessordnung festzuhalten, ist zu begrüßen. Darüberhinausgehend ist zu begrüßen, dass auch das BMJV der Erkenntnis der weichenstellenden Bedeutung des Ermittlungsverfahrens für das weitere Verfahren folgend, eine zeitliche Vorverlagerung der notwendigen Verteidigung vorzunehmen beabsichtigt. Innerhalb des Katalogs des § 140 Abs. 1 StPO soll

»ein Perspektivenwechsel vollzogen werden, weg von der Hauptverhandlung hin zum Ermittlungsverfahren.«<sup>77</sup>

73 Referentenentwurf (Fn. 15), 2

74 ebenda

75 ebenda

76 ebenda; während weiter unten auf den Seiten 6 und 30 zu § 140 Abs. 1 Nr. 3 formuliert der RefE »eine Straferwartung von einem Jahr«

77 Referentenentwurf (Fn. 15), 28

Zu dem Referentenentwurf haben insbesondere Interessenverbände der Anwaltschaft Stellung genommen.<sup>78</sup> Auch wenn die grundsätzlichen Gedanken, die zu diesem Referentenentwurf geführt haben, und deren Umsetzung in großen Teilen zu begrüßen sind, bedürfen einige Vorschläge des Referentenentwurfs der Kritik. Im Einzelnen, wobei ich mich auf die wichtigsten Gesichtspunkte beschränke, gilt folgendes:

### 1. § 140 Abs. 1 Nr. 3 StPO-RefE »Straferwartung von einem Jahr«

Der Referentenentwurf sieht bei einer Straferwartung von mindestens einem Jahr Freiheitsstrafe einen Fall notwendiger Verteidigung vor. Dies stellt die Festschreibung der herrschenden Rechtsprechung dar, die bis dato diese Fälle unter § 140 Abs. 2 StPO »Schwere der Tat« subsumierte.<sup>79</sup> Der Referentenentwurf geht an anderer Stelle<sup>80</sup> davon aus, dass nach der Rechtsprechung des EGMR ein Fall notwendiger Verteidigung allgemein ab einer Straferwartung von mindestens sechs Monaten Freiheitsstrafe gegeben sei. Angesichts der Tatsache, dass jedoch bereits Geldstrafen von mehr als 90 Tagessätzen eine Stigmatisierung des Betroffenen zur Folge haben – Aufnahme in das Führungszeugnis und damit Erschwernisse auf dem Arbeitsmarkt, Schwierigkeiten bei der Einbürgerung nach dem StAG (§ 12 a StAG)<sup>81</sup> –, ist ein Fall notwendiger Verteidigung anzunehmen, wenn diese Sanktion zu erwarten ist – und nicht ab einer Straferwartung von einem Jahr Freiheitsstrafe. Die Strafverteidigervereinigungen sehen bereits bei einer drohenden Sanktion von 90 Tagessätzen

78 Siehe z. B. Stellungnahmen der Strafverteidigervereinigungen 2. Dezember 2018 abrufbar unter [https://www.strafverteidigertag.de/Material/Stellungnahmen/SN\\_StVV\\_Eckpunkte2019.pdf](https://www.strafverteidigertag.de/Material/Stellungnahmen/SN_StVV_Eckpunkte2019.pdf); des RAV 30. November 2018 abrufbar unter [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2018/Downloads/11302018\\_Stellungnahme\\_RAV\\_notwendige-Verteidigung.pdf;jsessionid=C9CF629C6494552512D5834C29530643.1\\_cid334?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2018/Downloads/11302018_Stellungnahme_RAV_notwendige-Verteidigung.pdf;jsessionid=C9CF629C6494552512D5834C29530643.1_cid334?__blob=publicationFile&v=2); des DAV durch den Ausschuss Strafrecht November 2018 abrufbar unter [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2018/Downloads/11012018\\_Stellungnahme\\_DAV\\_notwendige-Verteidigung.pdf;jsessionid=C9CF629C6494552512D5834C29530643.1\\_cid334?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2018/Downloads/11012018_Stellungnahme_DAV_notwendige-Verteidigung.pdf;jsessionid=C9CF629C6494552512D5834C29530643.1_cid334?__blob=publicationFile&v=3); der BRAK Januar 2019 abrufbar unter <https://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2019/maerz/stellungnahme-der-brak-2019-9.pdf9>; siehe auch *Schlothauer* KriPoZ 2019, 1 ff. und Schoeller StV 2019, 190 ff.

79 Siehe Fn. 21

80 Referentenentwurf (Fn. 15), 2

81 BVerwG, Urteil vom 20. März 2012 – 5 C 5.11

Geldstrafe einen Fall notwendiger Verteidigung<sup>82</sup>, der RAV<sup>83</sup> sieht prinzipiell eine Verteidigung als notwendig an, wenn überhaupt Freiheitsentzug droht. Die BRAK in ihrer Stellungnahme sieht es als geboten an, bereits ab einem zu erwartenden Gesamtstrafübel von sechs Monaten Freiheitsstrafe eine notwendige Verteidigung vorzusehen.<sup>84</sup>

Geldstrafen enden zahlreich, gerade in den Fällen, die die PKH-Richtlinie im Blick hat, in Ersatzfreiheitsstrafe.<sup>85</sup> Ein Blick in die Strafverfolgungsstatistik führt zu dem eindeutigen Ergebnis, dass gerade die Personengruppe, die diese Richtlinie schützen will – ökonomisch Schwache und Bedürftige –, die verhängte Geldstrafe nicht ausgleichen kann und die Staatsanwaltschaft den Weg der Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe beschreitet. Jeweils zum Stichtag 31. August befanden sich im Jahr 2014 4042, im Jahr 2015 4135, im Jahr 2016 4421 und im Jahr 2017 4700 Menschen im Vollzug von Ersatzfreiheitsstrafe.<sup>86</sup> Angesichts der relativ kurzen Vollzugsdauer ist auf das jeweilige Jahr gesehen eine weitaus höhere Gesamtzahl an Inhaftierten zum Zwecke der Vollstreckung einer Ersatzfreiheitsstrafe zu konstatieren.

82 Policy Paper (Fn. 14), 21 ff.

83 Stellungnahme des RAV (Fn. 78), 4

84 Stellungnahmen der BRAK (Fn. 78), 8/9; so auch Stellungnahmen des DAV (Fn. 78), 5 und der Neuen Richtervereinigung 30. November 2018 abrufbar unter [85 Stellungnahme des RAV \(Fn. 78\), 3](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2018/Downloads/11302018_Stellungnahme_NRV_notwendige-Verteidigung.pdf;jsessionid=C9CF629C6494552512D5834C29530643.1_cid334?__blob=publicationFile&v=2, S. 2/3; Schlothauer KriPoZ 2019, 16; Schoeller StV 2019, 193</a></p></div><div data-bbox=)

86 BTDrucksache 19/803 vom 20.02.2018, 2/3

Nach der Rechtsprechung des EGMR, die insoweit uneinheitlich ist und immer eine Gesamtbetrachtung des Verfahrens beinhaltet, erfordert, jedenfalls wenn Freiheitsentzug im Raum steht, das Interesse der Rechtspflege i. S. v. Art. 6 Abs. 3 c EMRK – »interests of justice« – grundsätzlich die Vertretung der betreffenden Person durch einen Rechtsbeistand.<sup>87</sup>

## 2. § 140 Abs. 1 Nr. 10 StPO-RefE »Richterliche Vernehmung«

Die Einschränkung, die auch im bisherigen § 141 Abs. 3 Satz 4 StPO wiederzufinden ist, wonach ein Fall notwendiger Verteidigung bei der richterlichen Vernehmung nur dann vorliegen soll, wenn die Mitwirkung eines Verteidigers aufgrund der Bedeutung der Vernehmung zur Wahrung der Rechte des Beschuldigten geboten erscheint, ist zu streichen. Richterliche Vernehmungen werden per se durchgeführt, wenn die zu erwartende Aussage von besonderer Bedeutung für das Verfahren ist (§§ 168c Abs. 1 und 2, 223 StPO).<sup>88</sup>

## 3. Es fehlen im Referentenentwurf:

- Regelung der notwendigen Verteidigung bei vorläufiger Sicherstellung von Vermögenswerten (§§ 111b ff. StPO), das Verfahren ist komplex, wesentliche oder ganze Vermögenswerte des Beschuldigten und dessen Einkünfte werden bis zur Pfändungsfreigrenze blockiert, die Maßnahmen stellen einen erheblichen Eingriff in das Grundrecht aus Art. 14 GG dar<sup>89</sup>,

87 EGMR, 24.05.1991 – 12744/87 Quaranta ./ Schweiz: 6 Monate Haft, Bewährungswider-ruf, Höchststrafe 3 Jahre, Verhängung einer strengeren Strafe war keine Unmöglichkeit, weil so viel auf dem Spiel stand, hätte kostenloser Rechtsbeistand gewährt werden müssen; EGMR 10.06.1996 – 19380/92 Benham ./ Vereinigtes Königreich: Maximalstrafe von 3 Monaten, tatsächlich 30 Tage inhaftiert, öffentliche Steuer/Abgaben, da diese nicht geleistet wurden Verurteilung durch das Magistrate's Court zu 30 Tagen Erziehungshaft; EGMR 19.11.2015 – 46998/08 Mikhailova ./ Russland: Drohung von 15 Tagen Verwaltungshaft, Verwaltungsstrafe/OWiVerfahren, letztendlich 500 Rubel Strafe; EGMR 17.03.2016 – 6287/10 Hammerton ./ Vereinigtes Königreich: 6 ½ Wochen Haft in einem familienge-richtlichen Verfahren, da Freiheitsentzug auf dem Spiel stand, erforderte dies grundsätz-lich einen Rechtsbeistand.

88 Stellungnahme der Strafverteidigervereinigungen (Fn. 78), 6; Stellungnahme Strafrechts-ausschuss DAV (Fn. 78), 6; *Schlothauer* KriPoZ 2019, 15

89 Stellungnahme Strafverteidigervereinigungen (Fn. 78), 18; *Schoeller* StV 2019, 194; *Schlot-hauer* KriPoZ 2019, 16/17

- notwendige Verteidigung bei möglichem Widerruf von Bewährung/Bewährungsungen, auch ein Widerruf einer zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe ist bei dem Strafübel der drohenden Sanktion mit zu berücksichtigen<sup>90</sup>,
- notwendige Verteidigung, wenn sich der Verletzte eines ihm nicht beigeordneten, sondern eines frei finanzierten Rechtsanwalts bedient. Der Entwurf lässt die aktuelle Fassung des § 140 Abs. 1 Nr. 9 – ein Fall notwendiger Verteidigung liegt vor, wenn dem Verletzten nach den §§ 397a, 406h Abs. 3 und 4 StPO ein Rechtsanwalt beigeordnet worden ist – unverändert. Dies ist abzulehnen. Die Situation für einen unverteidigten Beschuldigten ändert sich nicht dadurch, ob die Justiz dem Verletzten einen Rechtsanwalt beordnet oder dieser sich auf eigene Kosten eines Rechtsanwalts bedient. Ein sachlicher Unterschied, der die im Referentenentwurf innewohnende Ungleichbehandlung rechtfertigen würde, ist nicht festzustellen.<sup>91</sup>
- Selbstverständlich ist auch für den Fall, dass ein Mitangeklagter verteidigt wird, notwendige Verteidigung anzunehmen.<sup>92</sup>
- Soweit im Referentenentwurf S. 2 aus dem Abs. 2 des § 140 entnommen und als Ziff. 11. in den Katalog des § 140 Abs. 1 StPO aufgenommen und dadurch klargestellt wird, dass zwingend ein Fall notwendiger Verteidigung bei einem seh-, hör- oder sprachbehinderten Beschuldigten vorliegt, so ist dem zuzustimmen. Allerdings sollte dies auch für Menschen mit Behinderungen intellektueller oder psychischer Art und für Menschen, die der deutschen Sprache nicht mächtig sind, da auch in diesen Fällen die Verteidigungsfähigkeit erheblich eingeschränkt ist, gelten.<sup>93</sup>
- Notwendige Verteidigung auch wenn
- das Gericht einem Antrag auf Erlass eines Strafbefehls entsprechen will,

90 *Schlothauer* KriPoZ 2019, 16; Stellungnahme RAV (Fn. 78), 4; Stellungnahme BRAK (Fn. 78), 9; Stellungnahme Strafrechtsausschuss DAV (Fn. 78), 5/6; Stellungnahme Neue Richtervereinigung (Fn. 84), 4

91 Policy Paper (Fn. 14), 21 und 23; Stellungnahme Strafrechtsausschuss DAV (Fn. 78), 6

92 Policy Paper, ebenda

93 Stellungnahme RAV (Fn. 78), 3/ 4; *Schlothauer* KriPoZ 2019, 16

- die Staatsanwaltschaft ein Rechtsmittel zu Ungunsten des Angeklagten einlegt

sowie

- normative Festlegung notwendiger Verteidigung für das Bewährungswiderrufsprüfungs- und das Vollstreckungsverfahren.<sup>94</sup>

#### 4. § 141 StPO-RefE »Bestellung eines Pflichtverteidigers«

§ 141 Abs. 1 Satz 1 des Entwurfs statuiert ein Antragsrecht des Beschuldigten bereits im Vorverfahren. Stellt der Beschuldigte einen solchen Antrag nicht und handelt es sich um einen Fall notwendiger Verteidigung, wird nach dem Referentenentwurf zu prüfen sein, ob die Mitwirkung eines Verteidigers im Verfahren erforderlich ist. Drei Regelbeispiele werden genannt:

- Vernehmung des Beschuldigten oder Gegenüberstellung mit dem Beschuldigten
- Vorführung zur Entscheidung über Haft oder einstweilige Unterbringung
- Aufforderung an den Angeschuldigten gem. § 201 StPO zur Erklärung über die Anklageschrift.

§ 140 Abs. 2 RefE beinhaltet die staatsanwaltschaftliche Verpflichtung, unverzüglich den Antrag auf Bestellung zu stellen. Da jedoch die ermittelnden Polizeibeamten den ersten Zugriff haben, sind diese zu verpflichten, unverzüglich die Staatsanwaltschaft zu informieren, damit in Fällen notwendiger Verteidigung unter Mitwirkung der Staatsanwaltschaft eine gerichtliche Bestellung erfolgen kann, und zwar von Amtswegen.

Ersatzlos zu streichen ist § 141 Abs. 3 RefE. Diese Vorschrift erlaubt Ausnahmen von der Verpflichtung aus Abs. 1 Satz 2 Ziff. 1. – Vernehmung des Beschuldigten oder Gegenüberstellung mit dem Beschuldigten unter Hinzuziehung eines Pflichtverteidigers –, wenn dies zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben oder die Freiheit einer Person dringend erforderlich oder zur Abwendung einer erheblichen Gefährdung eines Strafverfahrens zwingend geboten sei.

<sup>94</sup> Policy Paper (Fn. 14) 21 ff.; Stellungnahme RAV (Fn. 78), 3 und 4

Nota bene: Selbst in den im Entwurf vorgesehenen Ausnahmesituationen hat jeder Beschuldigte das rechtsstaatlich garantierte Recht, einen von ihm selbst gewählten Verteidiger zu befragen. Dies ist das erste und schlagende Gegenargument gegen die vorgesehene Regelung. Das weitere Argument ist, dass die PKH-Richtlinie derartige Ausnahmen nicht vorsieht. Der Referentenentwurf verweist auf Seite 36 auf Art. 3 Abs. 6 Buchstabe A und B der Richtlinie 2013/48/EU über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand.<sup>95</sup> Die BRAK bemerkt zutreffend, dass Deutschland von der theoretischen Möglichkeit, entsprechend Art. 3 Abs. 6 Richtlinie 2013/48/EU das allgemeine Recht auf Zugang zum Rechtsbeistand einzuschränken, keinen Gebrauch gemacht hat, sodass solche Ausnahmen europarechtlich auch nicht für den Pflichtverteidiger zulässig seien.<sup>96</sup> Hinterlegungsgrund 9 der PKH-Richtlinie regelt ausdrücklich, dass diesbezügliche Ausnahmen nur dann möglich wären, wenn Mitgliedstaaten Ausnahmen nach Art. 3 Abs. 5 und 6 der Richtlinie 2013/48/EU anwenden.

Die Mitgliedstaaten sollen – so die zentrale Zielsetzung der PKH-Richtlinie – sicherstellen, dass Verdächtigen und beschuldigten Personen, die nicht über ausreichende Mittel zur Finanzierung eines Rechtsbeistandes verfügen, Anspruch auf »Legal Aid« haben, wenn dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich sei. Es kann keinesfalls im Interesse der Rechtspflege sein, einem bedürftigen Menschen den frühestmöglichen Zugang zum Verteidiger zu verwehren, weil er keine finanziellen Mittel zur Verfügung hat. Gerade diesem Missstand will die Richtlinie entgegenwirken.

Im Übrigen fehlt in § 141 Abs. 3 StPO RefE ein gesetzlich festgeschriebenes Beweis(verwertungs)verbot.<sup>97</sup>

## 5. § 142 StPO-RefE »Zuständigkeit und Bestellungsverfahren«

Neu ist die Einführung einer Eilzuständigkeit der Staatsanwaltschaft. Neu ist auch, dass für den Fall, dass der Beschuldigte keine eigene Wahl eines Pflichtverteidigers trifft, das Gericht – oder bei Eilbedürftigkeit die Staatsanwaltschaft – aus dem Gesamtverzeichnis

<sup>95</sup> Amtsblatt der Europäischen Union 2013, L 294/1

<sup>96</sup> Stellungnahme BRAK (Fn. 78), 11

<sup>97</sup> Siehe Fn. 49

der bei der BRAK eingetragenen Rechtsanwälte entweder einen Fachanwalt für Strafrecht oder einen anderen Rechtsanwalt, der gegenüber der Rechtsanwaltskammer sein Interesse an der Übernahme von Pflichtverteidigungen angezeigt hat und für die Übernahme der Verteidigung geeignet ist, auswählen soll.

Die Strafverteidigervereinigungen und andere Anwaltsorganisationen sowie Teile der Wissenschaft haben sich in einer Vielzahl von Publikationen<sup>98</sup> dafür ausgesprochen, das freie richterliche Ermessen bei der Auswahlentscheidung angemessen zu begrenzen. Im Policy Paper der Strafverteidigervereinigungen wird der Vorschlag formuliert, die Auswahl des Pflichtverteidigers den Rechtsanwaltskammern zu übertragen, um zu gewährleisten, dass die Auswahlentscheidung von einer Institution getroffen wird, die keine eigenen Interessen in dem besagten Strafverfahren verfolgt und die ihren Mitgliedern gegenüber zu Transparenz und Gleichbehandlung verpflichtet sei.<sup>99</sup> Die Strafverteidigervereinigungen haben in ihrer Stellungnahme auch darauf hingewiesen, dass bspw. ein rotierendes System, auf das Gerichte Zugriff haben, eine Lösungsmöglichkeit wäre.

Abs. 4 des § 142 RefE verschafft bedauerlicherweise keine Abhilfe. Das Auswahlverfahren, das nunmehr auf den in dem Entwurf genannten Personenkreis beschränkt ist, bleibt nach wie vor intransparent und öffnet weiterhin möglichem Missbrauch Tür und Tor. Um einem möglichen Verdacht des Missbrauchs des Auswahlermessens durch die Justiz – Gericht oder entsprechend dem Referentenentwurf die Staatsanwaltschaft in Eilzuständigkeit – zu begegnen, ist es unabdingbar, die Auswahl des zu bestellenden notwendigen Verteidigers so weit wie möglich neutral und transparent zu gestalten.

Den Qualitätsanforderungen des Art. 7 Abs. 1 b PKH-Richtlinie dürfte es nicht entsprechen, in den Fällen, in denen mangels Auswahl durch den Beschuldigten seitens des Gerichts ein Pflichtverteidiger bestellt werden soll, diesen aus einer Liste von Rechtsanwälten zu entnehmen, die lediglich ihr Interesse an der Übernahme von Pflichtver-

<sup>98</sup> Siehe Fn. 51

<sup>99</sup> Policy Paper (Fn. 14), 33/34; siehe auch: *Schlothauer/Neuhaus/Matt/Brodowski* HRRS 2018, 69 ff.; Stellungnahme RAV (Fn.78), 5; Stellungnahme BRAK (Fn. 78), 9 ff.; *Jahn/Zink* in FS Graf-Schlicker (2108), 475 ff.

teidigung angezeigt haben. Jeder Rechtsanwalt, der nicht Fachanwalt für Strafrecht ist und in diese Liste aufgenommen werden möchte, sollte verpflichtet werden, eine jährliche Fortbildung auf dem Gebiet des Straf-/Strafprozessrechts entsprechend § 15 FAO nachzuweisen. Dies sollte zwingend ein zusätzliches Kriterium sein.

Der Staatsanwalt als »Notbesteller«, wie in § 142 Abs. 2 Satz 1 StPO-RefE vorgesehen, ist abzulehnen. Angesichts moderner Kommunikationsmittel stellt es keine Unmöglichkeit dar, auch außerhalb üblicher Dienstzeiten den jeweils zuständigen Richter zu erreichen. Jedenfalls sollte dies umsetzbar sein. Von dem »natürlichen« Gegner des Beschuldigten, dem die Ermittlungen führenden Staatsanwalt, den notwendigen Verteidiger bestellen zu lassen, zeugt von fehlendem Fingerspitzengefühl. Wie muss sich ein Beschuldigter fühlen, dem der – dann bestellte Verteidiger – eröffnet, »der StA hat mich als Ihren Verteidiger ausgesucht und bestellt«? Kann in einem solchen Fall eine für sachgerechte Verteidigung notwendige Vertrauensbasis zwischen dem Beschuldigten und seinem Verteidiger aufgebaut werden, wenn der Antagonist des Verteidigers die Bestellung des Verteidigers vorgenommen hat?

## 6. § 143 StPO-RefE »Dauer und Aufhebung der Bestellung«

Zu begrüßen ist die in § 143 Abs. 1 RefE vorgesehene Regelung, wonach die Bestellung auch für das Verfahren über eine nachträgliche Gesamtstrafenbildung und für das Verfahren über die isolierte Einziehungsentscheidung – auch nach rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens – wirksam bleibt.

Satz 3 in § 143 Abs. 2 RefE ist ersatzlos zu streichen. Es ist sachlich nicht zu begründen, weshalb der auf Grund eines Haftbefehls nach § 230 Abs. 2 oder § 329 Abs. 3 StPO Inhaftierte schlechter gestellt werden soll als der sich in Straf- oder Untersuchungshaft befindliche. Auch der in den genannten Fällen Inhaftierte ist in seinen Verteidigungsmöglichkeiten erheblich eingeschränkt. Die Begründung in dem Referentenentwurf, wonach das sich missbräuchliche Verschaffen eines Pflichtverteidigers unterbunden werden soll, erscheint realitätsfremd. Meinen die Verfasser des Referentenentwurfs ernsthaft, dass sich ein Mensch vorsätzlich und freiwillig in Haft nehmen lässt, um in den Genuss eines Pflichtverteidigers zu gelangen?

## 7. § 143a StPO-RefE »Wechsel des Verteidigers«

Die vorgeschlagene Regelung ist nicht befriedigend. Abs. 2 Satz 1 des § 143a RefE handelt die Sachverhalte ab, in denen dem Beschuldigten ein anderer als der von ihm bezeichnete Verteidiger bestellt wurde oder dem Beschuldigten zur Auswahl des Verteidigers nur eine kurze Frist gesetzt werden konnte. In diesen Fällen soll der Beschuldigte die Möglichkeit erhalten, innerhalb von zwei Wochen nach der Bestellung zu beantragen, ihm einen anderen, von ihm bezeichneten Verteidiger, zu bestellen. Die erste Alternative bezieht die Konstellation, dass die Auswahl des bestellten Verteidigers nicht durch den Beschuldigten, sondern durch die Justiz erfolgt ist, nicht ein. Die zweite vorgesehene Alternative ist unkonkret, mehr als auslegungsfähig und die Frist von zwei Wochen zu kurz bemessen. Innerhalb dieses Zeitraums wird es nicht möglich sein, Feststellungen zu treffen, ob zwischen Beschuldigtem und Verteidiger die erforderliche Vertrauensbasis aufgebaut werden kann bzw. besteht. Auch wird in diesem kurzen Zeitraum ein Verteidigungskonzept nicht wirklich erarbeitet werden können. Man denke beispielsweise an fehlende Akteneinsicht u.ä.

Nach dem Entwurf soll die Bestellung des notwendigen Verteidigers auch dann aufzuheben sein, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen dem Beschuldigten und dem Verteidiger endgültig zerstört oder aus einem sonstigen Grund keine angemessene Verteidigung des Beschuldigten gewährleistet sei. Hier besteht die bekannte Problematik, dass Interna aus dem Mandatsverhältnis vorgetragen werden müssen, obwohl das Beschuldigten-/Verteidigerverhältnis besonderen Schutz genießt. Im Übrigen wird die vorgeschlagene gesetzliche Regelung der Realität nicht gerecht, da unterhalb der von der Rechtsprechung geforderten Schwelle eines endgültig zerstörten Vertrauensverhältnisses Gründe existieren können, die die notwendige Vertrauensbeziehung nicht entstehen lassen.

Das Policy Paper der Strafverteidigervereinigungen schlägt eine sog. »Freischussregelung« vor – auf Antrag des Beschuldigten ist diesem ein anderer als der zunächst bestellte Pflichtverteidiger zu bestellen. Ein solcher Antrag kann im Verfahren einmal ohne weitere Begründung gestellt werden.<sup>100</sup>

100 Policy Paper (Fn. 14), 29/30

## 8. § 144 StPO-RefE »Sicherungsverteidiger«

Abgesehen davon, dass die Verwendung des Begriffs »Sicherungsverteidiger« eine mehr als unglückliche und unsensible Formulierung darstellt und an den Begriff »Zwangsverteidiger« aus der bleiernen Zeit der Bundesrepublik erinnert, ist dem Entwurf zu entnehmen, dass der weitere Pflichtverteidiger in erster Linie dem Interesse der Justiz an der Durchführung des Verfahrens zu dienen bestimmt sein soll, also nicht im ausschließlichen Interesse des Beschuldigten, jedenfalls legt der Referentenentwurf dies nahe.

Der Schritt, die Bestellung weiterer Verteidiger normativ zu regeln, ist grundsätzlich zu begrüßen. Allerdings ist die beabsichtigte Regelung nicht befriedigend. Vorzuziehen ist eine Regelung, wonach in den Fällen der §§ 76 Abs. 2 Satz 3, 120, 120b GVG auf Antrag, der einer Begründung nicht bedarf, ein zweiter Pflichtverteidiger bestellt werden soll.<sup>101</sup> Verfahren der genannten Art sind per se schwierig und/oder umfangreich.

## 9. § 304 Abs. 5 StPO-RefE »sofortige Beschwerde«

Die geltende Rechtslage erlaubt dem Beschuldigten, Entscheidungen im Rahmen der Bestellung eines Pflichtverteidigers mit der einfachen Beschwerde vom Rechtsmittelgericht überprüfen zu lassen. Das BMJV beabsichtigt nunmehr eine den Beschuldigten belastende Änderung, und zwar sollen gerichtliche Entscheidungen über die Bestellung eines Pflichtverteidigers ausschließlich per sofortiger Beschwerde anfechtbar sein – so § 142 Abs. 5 Satz 1 StPO-RefE »Zuständigkeit und Bestellungsverfahren«, § 143 Abs. 3 StPO-RefE »Dauer und Aufhebung der Bestellung«, § 143a Abs. 3 StPO-RefE »Wechsel des Verteidigers« und § 144 Satz 3 StPO-RefE »Sicherungsverteidiger«.

Dies ist abzulehnen. Art. 8 der PKH-Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten, beschuldigten und gesuchten Personen bei Verletzung ihrer Rechte nach dieser Richtlinie einen wirksamen – also effektiven – Rechtsbehelf nach nationalem Recht einzuräumen. Die

101 Policy Paper (Fn. 14), 30/31; Stellungnahme Strafrechtsausschuss DAV (Fn. 78), 19; *Schlothauer* KriPoZ 2019, 15/16

Ausgestaltung des Rechtsmittelverfahrens als sofortige Beschwerde beschwert den Beschuldigten bereits durch die äußerst kurze Einlegungsfrist von einer Woche – so § 311 Abs. 2 StPO. Die Problematik kurzer Fristen – insbesondere bei inhaftierten Beschuldigten – sind bekannt, der notwendige Kontakt mit dem Verteidiger innerhalb einer Woche ist realistischlicherweise nicht umsetzbar.

Auch hat die Ausgestaltung des Rechtsmittelverfahrens als sofortige Beschwerde zur Folge, dass Entscheidungen über die Bestellung eines Pflichtverteidigers gem. § 336 Satz 2 StPO als Gegenstand des Revisionsverfahrens ausgeschlossen wären – ein vom BMJV sicherlich einkalkulierter (Neben)Effekt.<sup>102</sup>

Die geplante Änderung widerspricht der Vorgabe der PKH-Richtlinie.

#### IV. AUSBLICK

1.

Betrachten wir die Stellungnahme des DRB, dann müssen wir leider feststellen, dass Teile der Justiz viele Regelungen des Entwurfs nicht für erforderlich halten; insbesondere werde – nach Auffassung des DRB – die notwendige Verteidigung zu stark in das Ermittlungsverfahren hinein ausgeweitet, dies kollidiere mit dem Ziel, Strafverfahren zu straffen und zu vereinfachen.<sup>103</sup> Wenn dann noch, wie aus gewöhnlich gut unterrichteten Kreisen zu hören war, seitens der Justizverwaltungen der Bundesländer Einwände erhoben werden – insbesondere bezüglich der Kosten –, dann steht zu befürchten, dass wesentliche Regelungen des Referentenentwurfs ein Veto erfahren dürften. Ich hoffe, dass mein Pessimismus eines Besseren belehrt wird.

2.

Die PKH-Richtlinie wird trotz der europarechtlichen Vorgabe nicht bis zum 5. Mai 2019 umgesetzt werden können. Dies lässt das

<sup>102</sup> *Schlothauer*, ebenda

<sup>103</sup> Stellungnahme DRB November 2018 abrufbar unter [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2018/Downloads/11012018\\_Stellungnahme\\_DRB\\_notwendige-Verteidigung.pdf;jsessionid=C9CF629C6494552512D5834C29530643.1\\_cid334?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2018/Downloads/11012018_Stellungnahme_DRB_notwendige-Verteidigung.pdf;jsessionid=C9CF629C6494552512D5834C29530643.1_cid334?__blob=publicationFile&v=2)

verbleibende Zeitfenster nicht zu. Deshalb einige Gedanken – die nicht weiter ausgeführt werden können, da dies den Rahmen dieses Referats sprengen würde –, welche Möglichkeiten der Verteidigung eröffnet werden, nach dem genannten Zeitpunkt auf die Rechtsprechung zur notwendigen Verteidigung im Sinne der PKH-Richtlinie Einfluss zu nehmen:

a. Den Bürger begünstigende Richtlinienbestimmungen können unter europarechtlichen Gesichtspunkten unmittelbar anwendbar sein, wenn die Vorgaben einer Richtlinie trotz Fristablaufs nicht oder nur unzulänglich in innerstaatliches Recht umgesetzt wurden und von ihrem Inhalt her unbedingt und hinreichend bestimmt sind. Inhaltlich unbedingt ist die Richtlinie dann, wenn sie weder mit einem Vorbehalt noch mit einer Bedingung versehen ist, hinreichend bestimmt ist sie, wenn sie allgemein und unzweideutig bestimmte Vorgaben zum sachlichen Regelungsgehalt, zum geschützten Personenkreis und zu den durch die Regelung verpflichteten Einrichtungen trifft. Unter diesen Voraussetzungen kommt – ausnahmsweise – eine unmittelbare Wirkung von Richtlinienbestimmungen in Betracht, damit den Normen des Unionsrechts praktische Wirksamkeit verschafft wird. Außerdem soll verhindert werden, dass der Mitgliedstaat aus seiner Säumnis gegenüber dem von der Richtlinie Begünstigten Vorteile zieht.<sup>104</sup>

Ob diese Grundsätze zur unmittelbaren Anwendung der PKH-Richtlinie ab dem 6. Mai 2019 führen werden, kann und soll hier nicht weiter vertieft werden. Allerdings besteht die Möglichkeit der »richtlinienkonformen Auslegung«<sup>105</sup> bestehender Normen im Zeitfenster bis zur normativen Umsetzung der Richtlinie.

In Fällen der Haftvorführung sollten §§ 140 Abs. 2, 141 Abs. 3 Satz 4 StPO richtlinienkonform im Sinne der PKH-Richtlinie ausgelegt werden. D. h. für diese Fälle, »Legal Aid« ist zu gewähren, notwendige Verteidigung liegt vor, und zwar unabhängig von der Frage,

104 Zu den genannten Voraussetzungen der unmittelbaren Anwendung nicht umgesetzter EU-Richtlinien *Hecker* ZIS-online 2014, 47 ff., 50

105 *Streinz*, EUV/AEUV, 3. Aufl., Art. 288 AEUV Rn. 110 ff. zur richtlinienkonformen Auslegung nationalen Rechts

ob § 141 Abs. 3 Satz 4 StPO nicht sowieso anwendbar wäre.<sup>106</sup> Art. 4 Abs. 4 der PKH-Richtlinie ist insoweit verpflichtend.

Dasselbe gilt nach Art. 4 Abs. 5 der PKH-Richtlinie – wenn die Voraussetzungen einer notwendigen Verteidigung vorliegen – für die Befragung durch die Polizei oder die Staatsanwaltschaft bzw. das Gericht sowie nach Art. 4 Abs. 5 i. V. m. Art. 2 Abs 1 c für die dort genannten weiteren Ermittlungshandlungen – Gegenüberstellungen und Tatrekonstruktion. Die Regelungen sind eindeutig; vor einer der genannten Ermittlungshandlungen ist in Fällen notwendiger Verteidigung »Legal Aid« zu bewilligen.

b. In allen Fällen notwendiger Verteidigung, in denen ein Verteidiger bei der ersten Beschuldigtenvernehmung oder den genannten Ermittlungshandlungen oder gar bei der Haftrichtervorführung nicht anwesend war, wird ein Beweis(verwertungs)verbot geltend zu machen sein, wobei insoweit die Widerspruchslösung des BGH beachtet werden muss.<sup>107</sup> Dies hat selbstverständlich auch für die Fälle nicht erfolgter oder unzureichender Belehrung zu gelten.

106 Siehe Nachweise bei Fn. 47

107 Bereits für das geltende Recht *Schrepfer* (Fn. 49), 206 ff.; *Mehle* (Fn. 45), 321 ff., 412 f.; *Rohne* (Fn. 19), 227 ff.: spricht sich gegen die Notwendigkeit eines Verwertungswiderspruchs aus; *von Stetten* in FS Graf-Schlicker (Fn. 49), 1053 ff.