

Prof. Dr. Matthias Jahn
Dr. Sarah Zink

»(WIE) WOLLE MER SE REILASSE?«: VERTEIDIGER DER ERSTEN STUNDE AUCH IN DEUTSCHLAND ANTE PORTAS

BEWERTUNG DER VORSCHLÄGE UND POSITIONEN ZUR REFORM DES RECHTS DER NOTWENDIGEN VERTEIDIGUNG IN DEUTSCHLAND UNTER RECHTSWISSENSCHAFTLICHEN UND JUSTIZPOLITISCHEN ASPEKTEN¹

I. EINFÜHRUNG UND DIE RECHTSPOLITISCHE AUSGANGSLAGE IN EUROPA

»*Wolle mer se reilasse?*«: ein das Kommende bejahendes rheinländisches Motto, dem Leben ganz zugewandt, das als Titel dieses Beitrags aber noch nicht ganz passt.

Denn unsere Überlegungen werden darzustellen versuchen, dass sich die Frage so rechtlich überhaupt nicht mehr stellt. Es geht nicht darum, *ob* »mer se reilasse wolle«, sondern geklärt werden muss nur noch, *in welcher Gestalt* »mer se reilasse wolle«, unter welchen Kautelen der Verteidiger der ersten Stunde also in der Bundesrepublik Deutschland zukünftig praktisch tätig werden kann. Zu entscheiden

¹ Die ursprüngliche Fassung des Vortrags, den der *Erstverf.* am 23.3.2019 in Regensburg auf dem 43. Strafverteidigertag in der Arbeitsgruppe 8 (Pflichtverteidigerbestellung) gehalten hat, wurde durch Überlegungen zum Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung vom 12.6.2019, BRats-Ds. 364/19 vom 9.8.2019 ergänzt, hier zitiert nach der online abrufbaren Fassung unter www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/notwendige_Verteidigung.html, im Folgenden »BReg, RegE Notwendige Verteidigung« (zuletzt abgerufen, wie alle nachfolgenden URLs, am 26.8.2019).

hat der deutsche Gesetzgeber nur noch, wie genau das Ziel der Richtlinie (EU) 2016/1919 über Prozesskostenhilfe für Verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren sowie für gesuchte Personen in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls² nach dem Ablauf der Umsetzungsfrist am 5.5.2019³ nunmehr unverzüglich richtlinienkonform umzusetzen ist.

Den Ausgangspunkt der nachfolgenden Überlegungen markiert deshalb die Legal Aid-Richtlinie (EU) 2016/1919. Wir erwähnen das, weil die Leserin oder den Leser bei der Lektüre einiger aktueller rechtspolitischer Stellungnahmen aus Deutschland, vor allen aus einigen Bundesländern, das Gefühl beschleichen könnte, die Bundesrepublik habe bei der Verhandlung dieser Richtlinie in Brüssel im letzten Jahrzehnt kein rechtliches und politisches Gehör gewährt bekommen. Die Richtlinie ist indes im Oktober 2016 vom Europäischen Parlament verabschiedet worden; es hatte zum damaligen Zeitpunkt 677 stimmberechtigte Mitglieder. Von diesen haben sich 569, also eine überwältigende Mehrheit, für die Annahme der Richtlinie ausgesprochen.⁴ Nach der Diskussion im Rat der Europäischen Union ist die Legal Aid-Richtlinie auch dort fast einstimmig angenommen worden; eine einzige Gegenstimme kam aus Polen.⁵ Das zeigt zum einen eine politische Einigkeit, die für heutige europäische Verhältnisse bemerkenswert ist. Und zum anderen möchten wir damit markieren, dass die richtige Zeit für eine Fundamentalopposition gegen das Ziel dieser Richtlinie seit vielen Jahren abgelaufen ist.

Europa hat mit der Legal Aid-Richtlinie einen Ton gesetzt, für den es im strafrechtlichen Kontext lange nicht unbedingt bekannt

2 Abl. EU 2016 L 297 v. 3.11.2016, S. 1-8.

3 Korrigendum der Umsetzungsfrist ABI EU v. 5.4.2017, L 91 S. 40 (nicht erst, wie u.a. noch im Referentenentwurf Notwendige Verteidigung auf S. 1 angegeben, der 25.5.2019; abrufbar unter www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_notwendige_Verteidigung.pdf;jsessionid=5F2C6BCD7A67110290AD60EB93B1238A.1_cid334?__blob=publicationFile&v=2, im Folgenden »*BMJV*, RefE Notwendige Verteidigung«). Zu den praktischen Folgen der nicht-fristgerechten Umsetzung für eine richtlinienkonforme Auslegung der § 140 ff. StPO seit dem 6.5.2019 siehe *Jahn/Zink*, StraFo 2019, 318 (327 ff.).

4 Nachzulesen unter www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+PV+20161004+RES-VOT+DOC+PDF+V0//DE&language=DE, Nr. 6.

5 Ratsdok. 13484/16.

war.⁶ Europäisches Strafrecht stand aus Sicht einer kritischen deutschen Wissenschaft im materiellen Recht seit Jahrzehnten für ein Programm flächendeckender Kriminalisierung, insbesondere in allen Bereichen, die die – weit verstandenen – finanziellen Interessen der Europäischen Union betrafen.⁷ Das Pendant im Verfahrensrecht war der Regelungsbürokratismus Brüsseler Prägung. Doch hat, wie es *Dominik Brodowski* im *Strafverteidiger* formuliert hat,⁸ Europa mit der Legal Aid-Richtlinie für Viele überraschend »geliefert«. Der Kontext dieser wichtigen Sendung ist das Stockholmer Programm. Die Inhalte hätte sich die deutsche Ratspräsidentschaft gerne zugute gehalten, weil sie für starke Verfahrensrechte engagiert gestritten hat. Es war aber erst der nachfolgenden Präsidentschaft Schwedens in der zweiten Jahreshälfte 2009 vergönnt, das rechtspolitische Programm der Stärkung von Beschuldigten- und Verteidigungsrechten durchzusetzen. Dies alles geschah – auch dieser nüchtern-analytische Blick sei gestattet – natürlich nicht nur, um die originäre Bedürfnislage von Beschuldigten zu befriedigen, und schon gar nicht, um Verteidigerinnen und Verteidiger als *Stakeholder* besser in Szene zu setzen, sondern mit einer klaren funktionellen Mission: Um ein Mehr an Mindestvertrauen in Europa herbeizuführen, damit im justiziellen Kontext die gegenseitige Zusammenarbeit gestärkt würde und dadurch die europäische Rechtshilfe anzukurbeln – auch dies ist ein Aspekt des Themas.

Der Handlungsrahmen ändert indes nichts daran, dass das, was bewirkt wurde, für die Verteidigungsrechte in den letzten zehn Jahren in vielen Bereichen deutlich mehr ist, als das, was aus deutscher Rechtspolitik ohne europäischen Einfluss hätte herrühren können.⁹ In diesen Kontext der begrüßenswerten Operationalisierung des Stockholmer Programms gehört insbesondere die Richtlinie (EU) 2013/48 über den Zugang zum Rechtsbeistand,¹⁰ die zwei wichtige Rechtsände-

6 Siehe zum Nachfolgenden unter I.-III. bereits *Jahn/Zink*, StraFo 2019, 318 (319 f.).

7 Genauer dazu – je m.w.N. – *Jahn/Zink*, StraFo 2019, 318 (319 f.); *dies.*, Ist Vertrauen ein Qualitätsmerkmal notwendiger Verteidigung? Lehren und Belehrungen aus der Legal Aid-Richtlinie und ihrer Umsetzung im Gesetz zur Neuregelung der notwendigen Verteidigung, in: *Strafverteidigung 2020 – Symposium für Stephan Barton (im Erscheinen)*.

8 *Brodowski*, StV 8/2017, S. I (Editorial), www.strafverteidiger-stv.de/system/files/users/user5/Editorial_StV_2017_08.pdf.

9 Vgl. nochmals *Jahn/Zink*, StraFo 2019, 318 (323).

10 Abl. EU 2013, L 294 v. 6.11.2013, S. 1-12.

rungen nach sich gezogen hat, für die sich nicht nur Verteidigerinnen und Verteidiger hierzulande jahrzehntelang – erfolglos – engagiert hatten. Erst aus Brüssel konnten sie über die Transmissionswirkung des Instruments der Richtlinie machtvoll durchgesetzt werden. Dazu gehört der Hinweis auf die »Erste Hilfe« bei der Ermöglichung des Verteidigerkontakts und der Hinweis auf anwaltliche Notdienste in der Belehrung in § 136 Abs. 1 S. 3-4 StPO¹¹ – wenn auch derzeit noch nicht mit den revisionsrechtlichen gebotenen Konsequenzen bei den Beweisverwertungsverböten¹² – sowie das *Salduz*-Anwesenheitsrecht bei der polizeilichen Vernehmung, das in der deutschen Rechtswissenschaft seit der Rechtsprechung des EGMR¹³ ein Jahrzehnt lang stark geschrieben wurde – allerdings praktisch wirkungslos. Nun aber haben die Straßburger Impulse über ihre Umsetzung in der Brüsseler Richtlinie 2013/48 den Verweis in § 163a Abs. 4 S. 3 StPO n.F.¹⁴ auf § 168c Abs. 1 und 5 StPO mit den entsprechenden Benachrichtigungspflichten endlich wirkmächtig werden lassen.

II. DIE RECHTSPOLITISCHE AUSGANGSLAGE IN DEUTSCHLAND

Dies (und noch einiges mehr) ist schon auf der Habenseite zu verbuchen, während die Umsetzung der Legal Aid-Richtlinie seit dem 5.5.2019 im Soll steht.¹⁵ Die rechtspolitische Ausgangslage in Deutschland wird durch teilweise außergewöhnlich detailliert formulierte Gesetzentwürfe geprägt. Dazu gehören die Papiere der Arbeitsgruppe *Schlothauer/Neuhaus/Matt/Brodowski*,¹⁶ das Policy Paper der *Strafverteidi-*

11 Eingeführt durch das Zweite Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren und zur Änderung des Schöffenrechts v. 27.8.2017 (BGBl. I S. 3295), in Kraft getreten am 5.9.2017.

12 Vgl. BGH StV 2019, 159 m. abl. Anm. *Ransiek*; abl. – jedenfalls seit Ablauf der Umsetzungsfrist der Legal Aid-Richtlinie am 5.5.2019 – auch Anm. *Ahlbrecht/Fleckenstein*, StV 2019, 661 und *Jahn/Zink*, StraFo 2019, 318 (328 f.).

13 EGMR Urt. v. 27.11.2008 – 36391/02 – *Salduz/Türkei*; vgl. dazu BT-Ds. 18/9534, S. 23.

14 Ebenfalls eingeführt durch das Zweite Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren und zur Änderung des Schöffenrechts v. 27.8.2017 (BGBl. I S. 3295), in Kraft getreten am 5.9.2017.

15 Siehe zum Nachfolgenden nochmals *Jahn/Zink*, in: *Strafverteidigung 2020 – Symposium für Stephan Barton* (Fn. 7).

16 *Schlothauer/Neuhaus/Matt/Brodowski*, HRRS 2018, 55 ff.

gervereinigungen¹⁷ sowie, natürlich, der Referentenentwurf des *BMJV*.¹⁸ Zum RefE Notwendige Verteidigung ist seit dem 11.10.2018 eine Vielzahl an Stellungnahmen von Stakeholdern publiziert worden, die auf der Homepage des *BMJV*¹⁹ übersichtlich zusammengestellt sind. Danach sind im Rahmen des in diesem Band dokumentierten 43. Strafverteidigertags 2019 noch die Regensburger Thesen entstanden, die sich auch mit der Umsetzung der Legal Aid-Richtlinie befassen.²⁰ Seit dem 12.6.2019, also etwas mehr als einen Monat nach Ablauf der Umsetzungsfrist und fast drei Monate nach dem Regensburger Strafverteidigertag, liegt ein Regierungsentwurf vor,²¹ dessen parlamentarische Behandlung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags und Umsetzung für die zweite Jahreshälfte 2019 ansteht, bis zum 44. Strafverteidigertag in Berlin also abgeschlossen sein *sollte*.

III. KONSENSBEREICH BEI DER RICHTLINIEN-UMSETZUNG

Im Folgenden ist zunächst der Konsensbereich der Richtlinien-Umsetzung zu identifizieren.

Das ist zum einen die Streichung der Dreimonatsfrist bei der Anstaltsunterbringung nach § 140 Abs. 1 Nr. 5 StPO.²²

Ebenso besteht dahingehend Konsens, dass es sich bei der Vernehmung, die nach § 141 Abs. 3 S. 4 StPO von besonderer Bedeutung zur Wahrung der Rechte der/des Beschuldigten ist, also insbesondere

17 *Strafverteidigervereinigungen*, Policy Paper Neuordnung der Pflichtverteidigerbestellung, www.strafverteidigertag.de/Material/PP_Pflicht_web%20Kopie.pdf.

18 *BMJV*, RefE Notwendige Verteidigung (Fn. 3).

19 Stellungnahmen des *Deutschen Anwaltvereins (DAV)*, *Deutschen Richterbunds*, der *Neuen Richtervereinigung (NRV)*, *Republikanischen Anwältinnen- und Anwälteverein (RAV)*, der *Strafverteidigervereinigungen*, des *Deutsche Strafverteidiger e.V.* und der *Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK)*, alle online abrufbar unter www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/notwendige_Verteidigung.html (vgl. Fn. 1).

20 *Strafverteidigervereinigungen*, Regensburger Thesen zum Strafprozess, www.strafverteidigervereinigungen.org/Strafverteidigertage/Material%20Strafverteidigertage/regensburgerthesen.pdf. Weitere Stellungnahmen aus der Wissenschaft sind nachgewiesen bei *Jahn/Zink*, *StraFo* 2019, 318 (323 f.).

21 *BReg*, RegE Notwendige Verteidigung (Fn. 1).

22 *Jahn/Zink*, FS Graf-Schlicker, 2018, S. 475 (486); *Schlothauer/Neuhaus/Matt/Brodowski*, HRRS 2018, 55 (63); *Schlothauer*, StV 2018, 169 (171); *Strafverteidigervereinigungen*, Policy Paper Neuordnung der Pflichtverteidigerbestellung (Fn. 17), S. 22; *BMJV*, RefE Notwendige Verteidigung (Fn. 3), S. 20, 28, 32; *BReg*, RegE Notwendige Verteidigung (Fn. 1), S. 2, 17.

die haftrichterliche Vernehmung,²³ um ein materielles Kriterium handelt (»Warum« der notwendigen Verteidigung) und dieser Fall deshalb systematisch in den Katalog des § 140 Abs. 1 StPO transferiert werden sollte. Es geht hier nicht nur um den bloßen Zeitpunkt der Verteidigerbestellung (»Wann«), der in § 141 StPO geregelt wird.²⁴

Ebenso in einem weiter verstandenen Konsensbereich liegt die zeitliche Vorverlagerung der Verteidigerbestellung, insbesondere im Sinne der *Salduz*-Rechtsprechung²⁵ auf den Zeitpunkt der ersten Befragung durch die Polizei nach § 163a Abs. 3 S. 4 StPO.²⁶ Hier gibt es nur kleineren Dissens im Randbereich zu Phänomenen wie der Tatortrekonstruktion, die etwa das *BMJV* und die *Bundesregierung* in ihren Entwürfen nicht berücksichtigen, die wir²⁷ aber von der Legal Aid-Richtlinie erfasst sehen, auch wenn das in der Praxis jedenfalls keine herausragende Bedeutung haben mag. Ebenso einhellig erfasst ist die zeitliche Vorverlagerung auf die Befragung durch die Staatsanwaltschaft nach § 163 Abs. 4 S. 2 StPO²⁸ sowie auf Identifizierungsgegenüberstellungen nach § 58 Abs. 2 StPO.²⁹

23 *Meyer-Gößner/Schmitt*-StPO, 62. Aufl. 2019, § 141 Rn. 5a ff. im Anschluss an *Schlothauer*, StV 2017, 557 entgegen der aml. Begründung; a.A. *Tully/Wenske*, NStZ 2019, 183 ff.

24 *Schlothauer/Neuhaus/Matt/Brodowski*, HRRS 2018, 55 (63 f.); *BMJV*, RefE Notwendige Verteidigung in § 140 Abs. 1 Nr. 10 StPO-RefE (Fn. 3), S. 6. Zu dem – mit § 140 Abs. 1 Nr. 10 StPO-RegE (*BReg*, RegE Notwendige Verteidigung [Fn. 1, S. 2]) zunächst entschiedenen – Meinungsstreit bereits ausf. *Jahn/Zink*, StraFo 2019, 318 (324 Fn. 49).]

25 EGMR Urt. v. 27.11.2008 – 36391/02 – *Salduz/Türkei*. Zum europarechtlichen Kontext LR-StPO/*Jahn*, 27. Aufl. (im *Erscheinen*), § 137 Rn. 3.

26 *Jahn/Zink*, FS Graf-Schlicker (Fn. 22), S. 475 (490); *Schlothauer/Neuhaus/Matt/Brodowski*, HRRS 2018, 55 (58, 65); *Strafverteidigervereinigungen*, Policy Paper Neuordnung der Pflichtverteidigerbestellung (Fn. 17), S. 25; *BMJV*, RefE Notwendige Verteidigung (Fn. 3), S. 35; *BReg*, RegE Notwendige Verteidigung (Fn. 1), S. 36.

27 *Jahn/Zink*, FS Graf-Schlicker (Fn. 22), S. 475 (482 ff.); zustimmend *Strafverteidigervereinigungen*, Policy Paper Neuordnung der Pflichtverteidigerbestellung (Fn. 17), S. 20. Zu einer konventionskonformen bzw. objektiv-teleologischen Auslegung der Vorschriften über die Verteidigerbestellung im Ermittlungsverfahren vor Erlass der PKH-Richtlinie bereits *R. Hamm*, FS Lüderssen, 2002, S. 717 (725); *Jahn*, ZStW 115 (2003), 815 (827); *B. Mehle*, Zeitpunkt und Umfang notwendiger Verteidigung im Ermittlungsverfahren, 2006, S. 263; *Rohne*, Notwendige Verteidigung und Verteidigerbeordnung im Ermittlungsverfahren, 2011, S. 58 f., 155 ff.

28 *Jahn/Zink*, FS Graf-Schlicker (Fn. 22), S. 475 (490); *Schlothauer/Neuhaus/Matt/Brodowski*, HRRS 2018, 55 (58); *Strafverteidigervereinigungen*, Policy Paper Neuordnung der Pflichtverteidigerbestellung (Fn. 17), S. 25.

29 *Jahn/Zink*, FS Graf-Schlicker (Fn. 22), S. 475 (481); *Schlothauer/Neuhaus/Matt/Brodowski*, HRRS 2018, 55 (57 f.); *Schlothauer*, StV 2018, 169 (172); *Strafverteidigervereinigungen*, Policy Paper Neuordnung der Pflichtverteidigerbestellung (Fn. 17), S. 20; *BMJV*, RefE Notwendige Verteidigung (Fn. 3), S. 35; *BReg*, RegE Notwendige Verteidigung (Fn. 1), S. 36.

IV. DISSENS BEI DER RICHTLINIEN-UMSETZUNG

Dissens bezüglich des »Wie« der Umsetzung besteht insbesondere mit Blick auf die folgenden Aspekte, die im Anschluss näher beleuchtet werden sollen:

- Die anzusetzende Mindestgrenze in einer Neufassung des § 140 Abs. 1 Nr. 3 StPO,
- die Auswahl der Pflichtverteidigerin oder des Pflichtverteidigers bei Nutzung und/oder Nicht-Gebrauch des Bezeichnungsrechts der oder des Beschuldigten,
- den Hinweis auf die Kostenfolge des § 465 StPO in der Belehrung der oder des Beschuldigten,
- die Ausnahmen von der Verteidigerbestellung in § 141 Abs. 3 StPO-RefE bzw. § 141a StPO-RegE sowie
- einen Ausblick, den wir herausziehenden Gefahren durch ein sog. »Verzichtsmodell« widmen möchten, da dies unserer Erwartung nach in den nächsten Monaten die rechtspolitische Diskussion beherrschen wird.

1. Erweiterung des § 140 Abs. 1 Nr. 3 StPO und konkretes Ausmaß der Erweiterung auf bestimmte Mindeststrafverurteilungen

Während Einigkeit besteht, jedenfalls im Sinne von Rechtssicherheit bestehen sollte,³⁰ dass in § 140 Abs. 1 Nr. 3 StPO eine Mindeststrafverurteilung als Fall notwendiger Verteidigung normiert werden soll, besteht Uneinigkeit darüber, welcher Schwellenwert festgelegt werden sollte. Dies geht so weit, dass sogar der letztjährige Referentenentwurf in sich unschlüssig war. Während das *BMJV* im einführenden Teil des Gesetzesentwurfs noch von einer Mindeststrafverurteilung von sechs Monaten sprach,³¹ ist in der Gesetzesbegründung selbst von einer Mindeststrafverurteilung von einem Jahr die Rede.³² Die

30 Nunmehr regelt der RegE Notwendige Verteidigung (Fn. 1) mit § 140 Abs. 1 StPO-RegE keine explizite Mindeststrafverurteilung mehr.

31 *BMJV*, RefE Notwendige Verteidigung (Fn. 3), S. 2.

32 *BMJV*, RefE Notwendige Verteidigung (Fn. 3), S. 6.

*BRAK*³³ fordert eine Mindeststrafverurteilung von sechs Monaten als Schwellenwert, ebenso wie die *Neue Richtervereinigung*.³⁴ Darunter liegt die Forderung des *Republikanischen Anwältinnen und Anwälte-Vereins*, der die Schwelle bei jeder Form einer zu erwartenden *Freiheitsstrafe* ansetzen will.³⁵ Unterboten wird der *RAV* nur noch von den *Strafverteidigervereinigungen*,³⁶ die bereits ab einer drohenden Strafverurteilung von mehr als 90 Tagessätzen einen Fall notwendiger Verteidigung normieren möchten.

Soweit im vorstehenden Zusammenhang mit EGMR-Rechtsprechung argumentiert wird, ist zunächst zu sehen, dass der EGMR in der Rechtssache *Mikhailova vs. Russland* klargestellt hat, dass der EMRK ein konkreter Schwellenwert nicht zu entnehmen ist.³⁷ In der rechtspolitischen Debatte ist das deshalb relevant, weil es ein Leichtes ist, für diverse – sich widersprechende – Schwellenwerte jeweils Einzelfallentscheidungen des EGMR anzuführen.³⁸ Seinen Grund findet dies in dem eingeschränkten Prüfprogramm des EGMR, das Rücksicht auf die nationalstaatlichen Besonderheiten des zugrunde liegenden Falles nimmt (*margin of appreciation*).³⁹ Z.T. hat sich der EGMR zu Verfahren in Staaten positioniert, die Institute kennen, die dem deutschen System fremd sind, bspw. die sog. Präventiv- oder Erzwingungshaft, wie sie im Vereinigten Königreich existiert. Deshalb lassen sich aus solchen Einzelfallentscheidungen keine konkreten oder gar zwingenden Rückschlüsse auf die spezielle Frage der deutschen Pflichtverteidigerbestellung ableiten, weil der EGMR diese Fragen lediglich im Wege einer Gesamtbetrachtung der denkbaren Verletzung des Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK als Unterausprägung des Rechts auf ein faires Verfahren aus Art. 6 Abs. 1 EMRK im Einzelfall zu entscheiden hat.⁴⁰ Dies bedeutet für die hier im Zentrum stehende Frage, dass es

33 *BRAK*, Stellungnahme RefE Notwendige Verteidigung (Fn. 19), S. 8 f.

34 *NRV*, Stellungnahme RefE Notwendige Verteidigung (Fn. 19), S. 2 f.

35 *RAV*, Stellungnahme RefE Notwendige Verteidigung (Fn. 19), S. 4.

36 *Strafverteidigervereinigungen*, Stellungnahme RefE Notwendige Verteidigung (Fn. 19), S. 5.

37 EGMR Urte. v. 19.11.2015 – 4699888/08 – *Mikhailova/Russland*, Tz. 82.

38 Vgl. nur MüKo-StPO-EMRK/*Gaede*, Bd. 3/2, 2018, Art. 6 Rn. 210.

39 Hierzu näher *Esser*, StV 2005, 348 (352); *Jahn*, ZStW 127 (2015), 549 (598, 603); *Maunz/Dürig-GG/Walter*, Stand 86. EL 1/2019; Art. 93 Rn. 176 f.

40 *Jahn*, ZStW 127 (2015), 549 (592 f.); MüKo-StPO-EMRK/*Gaede* (Fn. 38), Art. 6 Rn. 209.

nicht nur auf die Dauer des Freiheitsentzugs als solche ankommt, sondern als weiteres Kriterium auch darauf, wie komplex der Fall ist. Aus diesen Einzelaspekten der Gesamtbetrachtung ergibt sich, dass fast jedes Judikat des EGMR für einen der Schwellenwerte mobilisiert werden kann, weshalb davon abgesehen werden sollte, die genannten Schwellenwerte zu verabsolutieren. Dies gilt umso mehr, als die Entscheidungen nur *inter partes* wirken⁴¹ und Deutschland in diesem Zusammenhang bisher nicht verurteilt wurde. Deshalb muss die Antwort auf die hier inmitten stehende Frage im deutschen rechtspolitischen Diskurs beantwortet werden. Die Rechtsprechung des EGMR wirkt hier allenfalls insoweit richtungsweisend, als dass Werte ab einer Mindeststrafverurteilung von sechs Monaten auch rechtspolitisch noch durchsetzbar erscheinen.

2. Differenzen mit Blick auf die Auswahl der Pflichtverteidigerin oder des Pflichtverteidigers

Im Folgenden soll zunächst das den jeweiligen Vorschlägen immanente Grundmodell zum Mechanismus der Auswahl der Pflichtverteidigerin oder des Pflichtverteidigers dargestellt werden, um anschließend auch hier eine Bewertung vornehmen zu können.⁴²

a. Gerichtszentriertes Modell: *BMJV*-Referenten- und Regierungsentwurf

Das *BMJV* orientiert seine Vorschläge an der richterzentrierten Regelungsmechanik der Reichsstrafprozessordnung des Jahres 1879. Daran schließt sich auch der Entwurf der *Bundesregierung* an. Die Bestellung der Pflichtverteidigerin oder des Pflichtverteidigers soll nach § 141 Abs. 3 StPO-RegE weiterhin durch das Gericht erfolgen. Bei besonderer Eilbedürftigkeit soll auch die Staatsanwaltschaft die Pflichtverteidigerin/den Pflichtverteidigerauswählen dürfen, § 142 Abs. 4 StPO-RegE. Nach § 142 Abs. 5 S. 1 StPO-RegE soll die/der Beschuldigte das seit 1987 positivierte Bezeichnungsrecht behalten. Außerdem sollen bestimmte Anforderungen an den bestellbaren Personenkreis

41 Vgl. nur MüKo-StPO-EMRK/*Gaede* (Fn. 38), Art. 1 Rn. 10; *Esser*, StV 2005, 348 (349); *Jahn*, ZStW 127 (2015), 549 (596).

42 Siehe zum nachfolgenden Abschnitt IV.2. erneut bereits *Jahn/Zink*, in: Strafverteidigung 2020 – Symposium für Stephan Barton (Fn. 7).

an Anwältinnen und Anwälten gestellt werden, die allerdings nur für die Anwältin/den Anwalt gelten, die/den die/der Beschuldigte nicht selbst ausgesucht hat, § 142 Abs. 6 S. 2 StPO-RegE. Bei den Anforderungen handelt es sich um die Führung des Fachanwaltstitels für Strafrecht oder um ein Interesse, das die Rechtsanwältin/der Rechtsanwalt an der Übernahme von Pflichtverteidigungsmandaten gegenüber der Rechtsanwaltskammer zu bekunden hat, bei gleichzeitig vorhandener »Geeignetheit« zur Übernahme der Verteidigung.

Da dieses gerichtsorientierte Modell auf eine denkbar lange Traditionslinie zurückgeht, kann erwartet werden, dass der geringste rechtspolitische Widerstand bei der Richtlinienumsetzung zu erwarten ist, was vermutlich auch als eine Triebfeder im Hintergrund des Vorschlags steht. Dies gilt umso mehr, als das fruchtlose Verstreichen der Umsetzungsfrist dem Vernehmen nach auf das engagierte Treiben einiger Bundesländer und bestimmter Ministerien hinter den rechtspolitischen Kulissen zurückzuführen ist.

b. Starres Listenmodell: *Deutscher Anwalt Verein*

Der *DAV* setzt hingegen auf ein Listenmodell, das insbesondere den Gesichtspunkt des Vertrauens der/des Beschuldigten zu ihrer/seiner (Pflicht-)Verteidigerin bzw. ihrem/seinem (Pflicht-)Verteidiger besonders wertet. Die eigene Auswahl der Verteidigerin/des Verteidigers durch die/den Beschuldigten soll unabhängig von Einschränkungen mit Blick auf die Qualität der Verteidigung erfolgen können.⁴³

Sie wird demnach ausdrücklich auch dann akzeptiert, wenn sie im Sinne objektiver Qualität – oder objektiver *Qualitätsversprechen* – »unvernünftig« ist. Das subjektive Vertrauen ersetzt insoweit objektive Qualitätskriterien. Damit zeigt sich dieser Vorschlag zugleich minimal interventionistisch wie auch minimal paternalistisch. Wenn die/der Beschuldigte also beispielsweise Vertrauen zu ihrem/seinem Mietrechtsspezialisten hat, der sie/ihn seit zwanzig Jahren immer wieder in schuldrechtlichen Angelegenheiten vertreten hat, kann sie/er mit diesem Anwalt als Strafverteidiger auch vor das Schwurgericht ziehen.

⁴³ *DAV*, Stellungnahme RefE Notwendige Verteidigung (Fn. 19), S. 13 f.

Hinter dieser Idee von freier Verantwortlichkeit steht ein Menschenbild, das sich im Kern bereits in der Philosophie der griechischen Antike und in der idealistischen Philosophie des Mittelalters findet; ihren Höhepunkt findet es bei *Kant* in der Idee der Freiheit zur Selbstbestimmung. Dieser Gedanke durchzieht zudem die liberalrechtsstaatliche Linie der BVerfG-Rechtsprechung; in den eigenen Worten des *Gerichts*: »Dem liegt die Vorstellung vom Menschen als einem geistig-sittlichen Wesen zugrunde, das darauf angelegt ist, in Freiheit sich selbst zu bestimmen und sich zu entfalten«⁴⁴. Die Herkunft dieses Zitats aus der Entscheidung zur lebenslangen Freiheitsstrafe deutet an, welche Ambivalenzen dem Topos innewohnen. Autonomer Freiheitsgebrauch und eigenverantwortliche Selbstgefährdung liegen im Strafprozess häufig eng beieinander, so auch hier.

c. Vertrauensanwaltsmodell: *Strafverteidigervereinigungen*

Die *Strafverteidigervereinigungen* betonen ebenfalls die Vertrauensbeziehung zwischen Mandant(in) und Verteidiger(in), gehen aber sogar noch einen Schritt weiter. Deshalb fordern sie auch eine Streichung der Restriktion des »wichtigen Grundes« in § 142 Abs. 1 S. 2 StPO (jetzt § 142 Abs. 5 S. 3 StPO-RegE: »Ein von dem Beschuldigten innerhalb der Frist bezeichneter Verteidiger ist zu bestellen, wenn dem kein wichtiger Grund entgegensteht; ein wichtiger Grund liegt auch vor, wenn der Verteidiger nicht oder nicht rechtzeitig zur Verfügung steht«).⁴⁵

Wenn keine Auswahl der Verteidigerin/des Verteidigers durch die/den Beschuldigten erfolgt, sprechen sich die *Strafverteidigervereinigungen* für eine Bestellung durch das Gericht auf Vorschlag der Rechtsanwaltskammer aus, § 142 Abs. 2 StPO-RefE (jetzt: § 142 Abs. 6 S. 3 StPO-RegE).⁴⁶ Soweit mit nachvollziehbaren Gründen vorgebracht wird, dass eine Auswahl durch die Rechtsanwaltskammern bzw. deren Geschäftsführer(in) mit Blick auf eine ressourcenintensive Infrastruktur durch einen ständigen Bereitschaftsdienst insbesondere in

44 BVerfGE 45, 187 (227).

45 *Strafverteidigervereinigungen*, Policy Paper Neuordnung der Pflichtverteidigerbestellung (Fn. 17), S. 26 f.

46 *Strafverteidigervereinigungen*, Policy Paper Neuordnung der Pflichtverteidigerbestellung (Fn. 17), S. 26.

ländlichen Bezirken der Flächenstaaten nur schwerlich geleistet werden kann, ziehen es die *Strafverteidigervereinigungen* als Alternative in Betracht, dass die Rechtsanwaltskammern stattdessen elektronische Listen zur Verfügung stellen, auf die Gerichte und Staatsanwaltschaften Zugriff haben. Die Listen sollten dann nach einem rollierenden System ähnlich der Hilfsschöffnenlisten abgearbeitet werden.⁴⁷ Betont wird außerdem die in Zukunft zu erhöhende Transparenz der Auswahlentscheidung.⁴⁸ Soweit die Auswahl – entgegen der Vorschläge der *Strafverteidigervereinigungen* – doch bei den Gerichten verbleiben sollte, sei zumindest anzustreben, dass die Justizverwaltungen in Zukunft statistisch erfassen, welche Richterinnen und Richter – bzw. im Eilfall Staatsanwältinnen und Staatsanwälte (§ 142 Abs. 4 S. 1 StPO-RegE) – welche Rechtsanwältin/welchen Rechtsanwalt wie oft beigeordnet haben. Dies ist eine nach jahrzehntelanger Erfahrung mit der Bestellungspraxis sicher berechnete Minimalforderung.⁴⁹

Zuletzt haben sich die *Strafverteidigervereinigungen* in den Regensburger Thesen dafür ausgesprochen, die Aufnahme von Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten in die Listen der Rechtsanwaltskammern an den Erwerb des Fachanwaltstitels oder den jährlichen Fortbildungsnachweis im Straf- und Strafprozessrecht entsprechend § 15 FAO zu knüpfen.⁵⁰ Letzteres soll sicherstellen, dass insbesondere junge Anwältinnen und Anwälte von der Übernahme von Pflichtmandaten nicht in den ersten Jahren ihrer Tätigkeit ausgeschlossen werden.

d. Maximales Qualitätssicherungsmodell: Arbeitsgruppe *Schlothauer/Matt/Neuhaus/Brodowski*

Die ursprünglich aus dem Zusammenhang des *Strafrechtsausschusses* der *Bundesrechtsanwaltskammer* heraus entstandene Freelancer-Arbeitsgruppe *Schlothauer/Matt/Neuhaus/Brodowski* legt in ihrem elaborierten Gesetzesentwurf ganz besonderes Augenmerk darauf, dass bei der Auswahlentscheidung die Qualitätsanforderungen des Art. 7 der PKH-Richtlinie erfüllt sind.⁵¹ Es besteht nach diesem Modell zwar die

47 *Strafverteidigervereinigungen*, Stellungnahme RefE Notwendige Verteidigung (Fn. 19), S. 12 f.

48 *Strafverteidigervereinigungen*, Stellungnahme RefE Notwendige Verteidigung (Fn. 19), S. 11 f.

49 Vgl. im Einzelnen *Jahn*, Zur Rechtswirklichkeit der Pflichtverteidigerbestellung, 2013, S. 175 ff.

50 *Strafverteidigervereinigungen*, Regensburger Thesen zum Strafprozess (Fn. 20), S. 16.

51 *Schlothauer/Neuhaus/Matt/Brodowski*, HRRS 2018, 55 (60 f.).

Möglichkeit für die Beschuldigte/den Beschuldigten, die Pflichtverteidigerin oder den Pflichtverteidiger selbst auszuwählen. Allerdings muss diese/dieser selbst dann noch gewissen inhaltlichen Anforderungen genügen: Sie oder er muss die Voraussetzungen des von der *Arbeitsgruppe* modifizierten § 49 BRAO-E erfüllen. Damit muss die gewählte Person Fachanwältin/Fachanwalt für Strafrecht sein oder eine Anwältin/ein Anwalt, der/dem die Berechtigung zur Übernahme von Pflichtverteidigungsmandaten durch die Rechtsanwaltskammern übertragen wurde; dies sind insbesondere Anwältinnen und Anwälte, die eine mindestens einjährige Zulassung besitzen und in einer im Anschluss in Präsenzform durchgeführten Fortbildungsveranstaltung der Bundesrechtsanwaltskammer zu den spezifisch mit dem Rechtsbeistand für Verdächtige, beschuldigte oder gesuchte Personen verbundenen Legal Aid-Dienstleistungen in einem Umfang von mindestens 16 Zeitstunden teilgenommen haben. Hilfsweise muss die Anwältin/der Anwalt einen vergleichbaren Kenntnisstand aufweisen, § 49 Abs. 4 BRAO-E.

Wenn keine Auswahl durch die Beschuldigte/den Beschuldigten selbst erfolgt, soll nach dem Gesetzesvorschlag die zuständige Geschäftsführerin/der zuständige Geschäftsführer der Rechtsanwaltskammer eine Person aus dem vorgenannten bestellbaren Kreis der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten auswählen (§ 91 Abs. 1 BRAO-E). Ausnahme ist das Verbot der Selbstmandatierung und eine Ausschlussklausel für Anwältinnen und Anwälte, die mit der die Auswahlentscheidung treffenden Person in gesellschafts- oder arbeitsvertraglicher Verbindung stehen. (Nur) für Eilfälle sieht der Gesetzesvorschlag vor, dass entweder die/der Beschuldigte selbst oder das Gericht eine Anwältin/einen Anwalt aus einer Notverteidigerliste aussucht, in der die Anwältinnen und Anwälte, die die oben genannten Qualitätsanforderungen erfüllen, alphabetisch aufgelistet sind und die ihren Sitz in dem jeweiligen Landgerichtsbezirk haben, mit Ausnahmebestimmungen für angrenzende Landgerichtsbezirke.

Der Gesichtspunkt des Vertrauens ersetzt demnach explizit nicht die objektiv nachweisbaren Qualitätsanforderungen.⁵² Selbst die eigene Auswahl einer Pflichtverteidigerin/eines Pflichtverteidigers

52 Ebenso ausdrücklich *Schlothauer*, KriPoZ. 2019, 3 (12).

des Vertrauens durch die Beschuldigte/den Beschuldigten wird zugunsten der streng formulierten »objektiven« Qualitätsanforderungen beschränkt. Diese Weichenstellung des Entwurfs steht in einem unübersehbaren Spannungsfeld zu der BVerfG-Judikatur,⁵³ die 1987 zur Einfügung von § 142 Abs. 1 StPO und damit der gesetzlichen Klarstellung zu dem von Verfassungs wegen bestehenden Auswahlrecht der/des Beschuldigten geführt hat.⁵⁴

e. Zwischenfazit: Qualitätssicherung versus eigenverantwortliche, aber »unvernünftige« Ausübung des Wahlrechts der/des Beschuldigten als zentraler Konflikt

Im Vergleich der vorstehend skizzierten vier Vorschläge zur Richtlinienumsetzung wird der Konflikt deutlich, der sich zwischen dem Versuch der objektiven Qualitätssicherung und der Sicherung der subjektiven (und damit auch: »unvernünftigen«) Auswahl der Pflichtverteidigerin/des Pflichtverteidigers durch die Beschuldigte/den Beschuldigten abzeichnet. Dabei zeigt sich, dass das letztgenannte Modell der Arbeitsgruppe *Schlothauer/Neuhaus/Matt/Brodowski* von der Zielsetzung maximaler Qualitätssicherung motiviert ist. Die freiwillig (*DAV*, *Strafverteidigervereinigungen*) oder selbstverwaltend (*BRAK*) organisierte Anwaltschaft wie auch das *BMJV* verzichten demgegenüber auf die Zwischenschaltung weitergehender Qualitätskriterien, sobald die/der Beschuldigte selbst eine Wahl getroffen hat. Die *BRAK* hält neben einer Qualifikation als Fachanwältin/Fachanwalt den Nachweis einer Weiterbildung im Bereich Pflichtverteidigung mit einem Umfang von 15 Zeitstunden für ausreichend.⁵⁵ Das *BMJV* lässt sowohl im Referentenentwurf mit § 142 Abs. 4 StPO-RefE als auch im Regierungsentwurf mit § 142 Abs. 6 S. 2 StPO-RegE den Fachanwaltstitel für Strafrecht ebenso genügen wie die schlichte Bekundung eines Interesses an der Übernahme von Pflichtverteidigungsmandaten. (Nur) eine nicht weiter ausformulierte Geeignetheitsklausel dient als einzelfallbezogenes Korrektiv für das Gericht, das nach der Gesetzesbegründung dann eingreifen soll,

⁵³ Vgl. nur BVerfGE 9, 36 (37 ff.); 39, 238 (243).

⁵⁴ Vgl. aml. Begr. zum StVÄG 1987 (BGBl. I S. 475) als Reaktion auf die vorgenannte Rechtsprechung des BVerfG: BT-Drs. 10/1313, S. 15.

⁵⁵ *BRAK*, Stellungnahme RefE Notwendige Verteidigung (Fn. 19), S. 15.

wenn »ausnahmsweise (zum Beispiel in einem besonders schwierigen Fall) eine interessierte Rechtsanwältin oder ein interessierter Rechtsanwalt für die Übernahme der Pflichtverteidigung nicht geeignet erscheint (zum Beispiel[,]) weil sie oder er noch sehr unerfahren ist)«⁵⁶. Wie die Schwierigkeit des Falles im Einzelnen bestimmt werden soll – wer »unerfahren« ist, für den ist eigentlich jeder Fall erst einmal »besonders schwierig« – wird nicht weiter erklärt. Die *Strafverteidigervereinigungen* betonen, dass eine Beschränkung auf Fachanwältinnen und Fachanwälte für Strafrecht junge Anwältinnen und -kollegen benachteiligen würde und fordern in der Konsequenz nur die Teilnahme an einer jährlichen Fortbildungsveranstaltung in Entsprechung zu § 15 FAO.⁵⁷

Fraglich ist damit, welches dieser Regelungsmodelle die Anforderungen der Legal Aid-Richtlinie erfüllt, ohne unverhältnismäßig die Selbstbestimmung der/des Beschuldigten als Prozesssubjekt zu beschränken. Nur dann kann sie den »Brüssel-Test« nach Art. 7 Abs. 1 lit. a der Richtlinie (EU) 2016/1919 bestehen (»Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen – auch finanzieller Art –, um sicherzustellen, dass ... ein wirksames System der Prozesskostenhilfe von angemessener Qualität besteht ...«).

f. Qualitätssicherung vs. Wahlrecht der/des Beschuldigten:
Was ist richtlinienrechtlich als Qualitätsmindeststandard gefordert?

Um zu beurteilen, wo die Mindeststandards für die Qualitätsanforderungen anzusiedeln sind, können Erkenntnisse aus dem Forschungsprojekt »Enhancing the Quality of Legal Aid: General Standards for Different Countries« herangezogen werden.

Dies ist ein Vorhaben, das von der Generaldirektion Justiz der Europäischen Kommission initiiert wurde, um über die Arbeitsergebnisse der Projektpartnerinnen und -partner Qualitätsstandards der PKH-Richtlinienumsetzung paneuropäisch festzuzurren, um sie später überprüfbar zu machen. In einer Laufzeit von 24 Monaten haben fünf Partnerorganisationen aus verschiedenen europäischen Mitgliedstaaten bis zum 31.12.2018 mit diesem Ziel zusammengearbeitet. So war die

56 *BReg*, RegE Notwendige Verteidigung (Fn. 1), S. 42.

57 *Strafverteidigervereinigungen*, Stellungnahme RefE Notwendige Verteidigung (Fn. 19), S. 13.

anwaltliche Praxis vertreten durch die Rechtsanwaltskammer in Litauen, die Praxis der Organisation des Legal Aid-Systems eingebunden durch die Legal Aid-Behörden in Litauen und in den Niederlanden und die wissenschaftliche Perspektive repräsentiert durch das Law Institute von Litauen sowie die Goethe-Universität Frankfurt.⁵⁸ In diesem Rahmen haben die Partnerinnen und Partner als Ergebnis ihrer Untersuchungen einen Bericht veröffentlicht,⁵⁹ in dem allgemeine Standards für Anbieterinnen und Anbieter staatlich finanzierter Strafverteidigung festgelegt wurden, die als Richtschnur für die Überprüfung einer angemessenen Qualität von Legal Aid-Dienstleistungen nach Art. 7 Abs. 1 lit. a der PKH-Richtlinie und damit prospektiv als Parameter für das nachgelagerte Monitoring-Verfahren der Richtlinienumsetzung nach Art. 10 der PKH-Richtlinie dienen sollen.⁶⁰

Der Bericht verfährt methodisch nach dem Toolbox-Prinzip. Mit ihm wird Rücksicht auf die Besonderheiten des nationalen Legal-Aid-Systems bzw., in Deutschland, des funktionalen Äquivalents des Systems der notwendigen Verteidigung genommen:

58 Weitere Informationen finden sich auf der Projekt-Homepage <http://qualaid.vgtpt.lt/en>.

59 Downloadbar über www.jura.uni-frankfurt.de/RuPS; dort S. 15.

60 Zum Ganzen bereits *Jahn/Zink*, FS Graf-Schlicker (Fn. 22), S. 475 (477 f.).

Abb. 1: Das Toolbox-Prinzip zur Qualitätssicherung von Legal Aid-Dienstleistungen

Education:	Trainings and Qualification:	Evaluation of lawyers	Terms of Reference for an Audit of the Quality and Value of the Services provided by lawyers	Complaints	Choice of lawyer	Information of the beneficiaries	Procedural Safeguards	Special needs of fast Provision of Legal Aid in Detention Cases	Operating Principals	Payment and Costs
Minimum standards for legal formation	Requirement of Specialization	by means of peer review		Examination of complaints	Right to choose a lawyer	List of lawyers	Requirement of agreement of the client regarding to loss of rights	Establish a duty solicitor scheme	Quotas of lawyers providing legal aid	Increase payment
	Trainings for the lawyers/stakeholders	by means of client satisfactory survey		Awareness building			Requirement of documentation		Create structures to insure that lawyers have enough time to prepare a case	
	Meetings between different actors involved in the administration of criminal justice	by prosecutors and judges					Complete information of the beneficiaries	Appeal procedure	Continuity of representation	Distribute costs for proceedings due to the principle 'initiator pays'
	Online-Trainings for lawyers						Best practice standards	Defendant's right to participation / to check the quality of her / his lawyer	Simplify procedures (from the client's perspective) and make them more user-friendly	Provide first line legal aid

In dem hier relevanten Tool zu Spezialisierung und Fortbildungsverpflichtung von Anwältinnen und Anwälten, wie sie bspw. auch in den Niederlanden gefordert werden, um sich dort beim Legal Aid Board registrieren und Legal Aid-Mandate im Strafrecht übernehmen zu können, wird auch im Projektbericht betont, dass unter Umständen Konflikte mit dem eigenen Auswahlrecht der/des Beschuldigten mit Blick auf die Anwältin/den Anwalt ihres oder seines Vertrauens entstehen können. Restriktionen des Auswahlrechts

sollten demnach nur bedingt normiert werden. Nur dann, wenn eine andere Institution als die/der Beschuldigte selbst für diese(n) die Auswahlentscheidung trifft, verhält es sich mit Rücksicht auf externe objektive Qualitätsanforderungen wie dem Erfordernis eines Fachanwaltstitels oder vergleichbarer Qualifikationen anders. Ebenso ist es in der Tat wichtig, dass nicht im Sinne eines *closed shop*-Denkens jungen Kolleginnen und Kollegen der Zugang zum Legal Aid-System bzw. -Äquivalent vollständig verwehrt wird.

Wenn man bedenkt, dass eine Evaluation der Tätigkeit von Legal Aid-Anwältinnen und -anwälten, etwa durch ein *peer review*-System wie derzeit im Vereinigten Königreich, *ex post* sehr kostspielig ist, ist es zweckmäßig, das Erfordernis einer objektivierbaren Spezialisierung bereits *ex ante* zu implementieren. Es ist damit kostensparend und grundsätzlich geeignet, eine richtlinienkonforme (Mindest-) Qualität der anwaltlichen Arbeit zu gewährleisten. Die Verpflichtung zu kontinuierlichen Fortbildungen ist auch dann wichtig, wenn nach langer Berufserfahrung die Ausbildung schon lange zurückliegt. Insbesondere in Mitgliedsländern, in denen groß Teile der Bevölkerung in Dörfern und kleineren Städten leben und die Infrastruktur nicht gut ausgebaut ist, arbeiten viele Anwältinnen und Anwälte als Generalist(inn)en. In diesen Konstellationen würde die Begrenzung auf spezialisierte Anwältinnen und Anwälte zu der untragbaren Situation führen, dass der/dem Beschuldigten nur noch wenig bis gar keine Auswahl mehr ermöglicht ist. Die Evaluation des Tools in einem europaweiten Survey hat zudem gezeigt, dass vielerorts durchgreifende Zweifel bestehen, ob durch die Limitierung auf spezialisierte Anwältinnen und Anwälte auch die Auswahl der/des Beschuldigten beschränkt werden darf. Dies ist nur dann weniger problematisch, wenn dadurch nur die Fälle beschränkt werden sollen, in denen nicht die/der Beschuldigte, sondern eine andere zuständige Institution (wie das Legal Aid-Board oder, in Deutschland, Gericht bzw. Staatsanwaltschaft) für sie oder ihn eine Verteidigerin oder einen Verteidiger auswählt.

Dies zeigt insgesamt, dass im europäischen Kontext nach den Erkenntnissen des Projektberichts dem Vertrauen zwischen Beschuldigten und ihren Pflichtverteidigerinnen/Pflichtverteidigern eine große Bedeutung beigemessen wird und sich dies auch weiterhin in der

deutschen Diskussion niederschlagen sollte.⁶¹ Problematisch ist vor diesem Hintergrund das Maximal-Qualitätssicherungsmodell nach dem Vorschlag von *Schlothauer/Matt/Neuhaus/Brodowski*, da hiernach auch die Auswahl der/des Beschuldigten selbst durch scharf gestellte Qualitätsstandards reguliert werden soll. Unterhalb dieses in europäischer Sicht kaum noch als erforderlich anzusehenden Maximalniveaus kommt es darauf an, welchen Stellenwert man dem subjektiven Vertrauen gegenüber der objektiven Qualitätssicherung beimisst, ob man also der Meinung ist, Vertrauen könne objektive Qualitätsanforderungen ersetzen.⁶²

2. Sollte der Hinweis auf die Kostenfolge des § 465 StPO in der Belehrung der/des Beschuldigten nach § 136 Abs. 1 S. 5 StPO wieder gestrichen werden?

Der erst seit 2017 explizite Hinweis in § 136 Abs. 1 S. 5 StPO auf die Folge der Kostentragungsverpflichtung im Verurteilungsfalle, wie sie in § 465 StPO niedergelegt ist, wird aus den Reihen der Anwaltschaft, namentlich von *BRÄK*⁶³ und *DAV*⁶⁴, scharf kritisiert, weil er geeignet sei, Beschuldigte insbesondere im frühen Ermittlungsverfahren von der Stellung eines Antrags auf Beiordnung einer Pflichtverteidigerin/eines Pflichtverteidigers abzuhalten. Zudem entspreche die Kostentragungsverpflichtung im Verurteilungsfalle in der dadurch suggerierten Pauschalität nicht der Realität, da nach einer Kostenabschätzung des *BMJV* lediglich 20 Prozent der zur Kostentragung verpflichteten Verurteilten die Pflichtverteidigungskosten tatsächlich zurückzahlen.⁶⁵ Ob diese Forderung im Einzelnen rechtspolitisch durchsetzbar ist, wird sich zeigen. Es gibt immerhin valide Argumente aus der Legal Aid-Richtlinie, dass solche negativ generalpräventiv-motivierten Hinweise auf die Kostentragungsverpflichtung im Verurteilungsfalle nicht ihrem Geist entsprechen.

61 Vgl. zur Bedeutung des Wahlrechts im System der notwendigen Verteidigung auch *Zink*, Autonomie und Strafverteidigung zwischen Rechts- und Sozialstaatlichkeit, 2019, S. 171 ff.

62 Weitergehende Schlussfolgerungen werden bei *Jahn/Zink*, in: Strafverteidigung 2020 – Symposium für Stephan Barton (Fn. 7) gezogen.

63 *BRÄK*, Stellungnahme RefE Notwendige Verteidigung (Fn. 19), S. 8.

64 *DAV*, Stellungnahme RefE Notwendige Verteidigung (Fn. 19), S. 20.

65 Vgl. die Mitteilung in ZAP 2018, 971.

3. Ausnahmen bei Vernehmungen der oder des Beschuldigten oder Gegenüberstellungen im Vorverfahren nach § 141 Abs. 3 StPO-RefE/§ 141a StPO-RegE

In § 141 Abs. 3 StPO-E in der Fassung des Referentenentwurfs und § 141a StPO-RegE sind Ausnahmen für die Notwendigkeit der Verteidigerbeordnung vorgesehen, soweit dies zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben oder für die Freiheit einer Person dringend erforderlich ist oder zur Abwendung einer erheblichen Gefährdung eines Strafverfahrens zwingend geboten ist.⁶⁶

Hier sind insbesondere die *Strafverteidigervereinigungen*⁶⁷ und die *BRAK*⁶⁸ mit ihren Stellungnahmen entgegengetreten und haben gemahnt, dass diese Ausnahmeregelung die Verteidigung der ersten Stunde zu unterlaufen droht. Dem ist zuzustimmen, verbunden mit dem Hinweis, dass mit der »Gefährdung eines Strafverfahrens« ein neues Rechtsgut in die Strafprozessordnung eingeführt werden soll, dessen Legitimität erst einmal nachgewiesen werden müsste.

4. Ausblick: Heraufziehende Gefahren für eine europarechtskonforme Umsetzung

Eingegangen wird zum Abschluss unserer Überlegungen auf die heraufziehenden Gefahren durch ein deutsches Legal Aid-»Verzichtsmodell«, da es aller Erwartung nach in der weiteren rechtspolitischen Diskussion des Regierungsentwurfs in der zweiten Jahreshälfte 2019 schon mit Blick auf die von den Bundesländern bemühten Kostengründe eine Rolle spielen könnte.⁶⁹

Zuletzt hat die 90. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister auf ihrer Sitzung am 5./6.6.2019 auf eine »praxisgerechte« Umsetzung der Richtlinie gedrängt, die es nicht gebiete, »der Polizei

66 *BMJV*, RefE Notwendige Verteidigung (Fn. 3), S. 7; *BReg*, RegE Notwendige Verteidigung (Fn. 1), S. 3.

67 *Strafverteidigervereinigungen*, Stellungnahme RefE Notwendige Verteidigung (Fn. 19), S. 9 f.

68 *BRAK*, Stellungnahme RefE Notwendige Verteidigung (Fn. 19), S. 5, 11.

69 Das Folgende findet sich ausführlicher und m.w.N. in der Stellungnahme Nr. 9 aus dem März 2019 der BRAK (BE: *Brodowski/Jahn/Neuhaus/Matt*), www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2019/maerz/stellungnahme-der-brak-2019-9.pdf, S. 5 ff.; s. auch bereits *Jahn/Zink*, *StraFo* 2019, 318 (325 ff.).

jede Beschuldigtenvernehmung auf freiwilliger Basis zu verbieten, nur weil noch kein Pflichtverteidiger beigeordnet ist«⁷⁰. Gleichsinnig hat sich auch die Landesregierung in Baden-Württemberg geäußert, was dort bereits ein parlamentarisches Nachspiel gehabt hat.⁷¹ Der Appell geht im Ganzen deshalb dahin, »das Ermittlungsverfahren vom aufwändigen und zeitintensiven Verfahren der Pflichtverteidigerbestellung insbesondere in solchen Fällen freizuhalten, in denen der nicht in Haft befindliche Beschuldigte nach Belehrung über seine Rechte bereit ist, Fragen auch ohne vorherigen anwaltlichen Rat zu beantworten«.⁷²

Namentlich die sonst in Fragen der Strafprozessreform nicht in vorderster Linie stehende BILD-Zeitung⁷³ hat die Debatte schon kurz vor dem Jahreswechsel 2018/19 unter dem von ihr ersichtlich zustimmend zitierten Slogan »Schaden für den Rechtsstaat« mit der Behauptung, Steuergeld werde investiert, um frühe Geständnisse im Strafverfahren zu verhindern, unnötig emotionalisiert. Das in diesem Zuge propagierte gegenreformatorische Modell für die Richtlinienumsetzung ist getragen von der Idee einer Verzichtsmöglichkeit der oder des Beschuldigten auf die Verteidigung der ersten Stunde. Ausführlichere dogmatische Stellungnahmen, wie genau dieses Modell europarechtskonform ausgestaltet werden soll, finden sich allerdings bislang nicht. Im Folgenden sollen die Möglichkeiten einer solchen dogmatischen Konstruktion deshalb grundsätzlicher dargelegt werden.

70 JuMiKo-Beschluss TOP II.18, https://schleswig-holstein.de/DE/Schwerpunkte/JUMIKO2019/Downloads/TOPII_18.html.

71 Antwort des Ministeriums der Justiz und für Europa auf die Anfrage der FDP/DVP auf LT-Drucks Ba-Wü 16/5693 v. 4.2.2019, S. 3: Es »dürfte unter rechtsstaatlichen Aspekten eine Beteiligung eines bestellten Verteidigers an einer richterlichen Beschuldigtenvernehmung im Ermittlungsverfahren jedenfalls dann nicht geboten sein, wenn der Beschuldigte selbst auf die Bestellung eines Verteidigers bzw. auf die Beteiligung eines bestellten Verteidigers verzichtet. Diese Erwägungen gelten in gleicher Weise für das Institut des ‚Verteidigers der ersten Stunde‘, das durch § 141 Abs. 3 StPO-E des [BMJV-] RefE ... geregelt werden soll. Auch insofern bleibt jedoch festzustellen, dass es unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten nicht erforderlich erscheint, einem Beschuldigten in jedem Fall und gegebenenfalls auch gegen seinen Willen zwingend einen Verteidiger zu bestellen«.

72 Nochmals JuMiKo-Beschluss (Fn. 70), TOP II.18.

73 Abrufbar unter www.bild.de/politik/inland/politik-inland/barley-will-prozesskosten-hilfemassiv-ausweiten-59241390.bild.html.

a. Drei Pflichtverteidigungs-Verzichtsmodelle im weiteren Sinne

Eine Möglichkeit wäre ein »Verzicht« der oder des Beschuldigten auf die Bestellung einer Pflichtverteidigerin oder eines Pflichtverteidigers in bzw. vor der ersten polizeilichen Vernehmung. Ebenso denkbar wäre es, einen »Verzicht« auf Legal Aid-Dienstleistungen zum Abwägungskriterium bei der Entscheidung zu machen, ob überhaupt ein Fall notwendiger Verteidigung vorliegt. In ein etwas anderes Gewand würde sich dieselbe Idee hüllen, wenn man die notwendige Verteidigung z.B. in der ersten polizeilichen Vernehmung grundsätzlich nur auf Antrag der oder des Beschuldigten – und nicht stets von Amts wegen – ausgestaltete.

Für das letztgenannte Modell hat sich nunmehr der Regierungsentwurf mit § 141 Abs. 1 und 2 StPO-RegE entschieden.⁷⁴ Dass das *Pflichtverteidigungsmodell* und ein *Regel-Antrags*erfordernis quer zueinander liegen, ist schon begrifflich nicht zu übersehen. Noch vor wenigen Monaten hat der Bundesgesetzgeber das in der Begründung des Gesetzes zur Stärkung des Rechts des Angeklagten auf Anwesenheit in der Verhandlung hinreichend deutlich gemacht. In der amtlichen Begründung der Neufassung des § 350 Abs. 3 StPO, der bis zum 1.1.2018⁷⁵ ein Antragsrecht des inhaftierten Angeklagten auf Bestellung eines Pflichtverteidigers für die Revisionshauptverhandlung enthielt, hieß es, dass »diese Regelung ... innerhalb des Rechts der notwendigen Verteidigung einen Fremdkörper darstellt, ...«⁷⁶. Dieser Fremdkörper wird nun plötzlich zum Prinzip erhoben.⁷⁷

b. Das Antragsmodell bei der Pflichtverteidigung der ersten Stunde in § 141 Abs. 1 und 2 StPO-RegE

Dass zudem § 141 Abs. 2 Nr. 3 StPO-RegE mit einer Generalklausel für das Erfordernis der Bestellung von Amts wegen auf die

74 *BReg*, RegE Notwendige Verteidigung (Fn. 1), S. 3 als § 141 Abs. 1 StPO-E: »In den Fällen der notwendigen Verteidigung wird dem Beschuldigten, dem der Tatvorwurf eröffnet worden ist und der noch keinen Verteidiger hat, unverzüglich ein Pflichtverteidiger bestellt, wenn der Beschuldigte dies beantragt [...]« (*Hervorh. v. hier*).

75 Gesetz v. 5.7.2017 (BGBl. I, S. 2208), vgl. BeckOK-StPO/*Wiedner*, Ed. 33, Stand: 1.4.2019, § 350 Rn. 20.

76 BT-Drs. 19/4467, S. 24.

77 Vgl. zur Kompatibilität mit dem Modell notwendiger Verteidigung auch *Zink*, Autonomie und Strafverteidigung zwischen Rechts- und Sozialstaatlichkeit (Fn. 61), S. 195 ff.

»Schutzbedürftigkeit des Beschuldigten« abstellt, ist für die generelle Wirksamkeit der Regelung problematisch. Damit stellt sich die Frage, ob diese Regelung noch »wirksam« i.S.d. Art. 7 Abs. 1 lit. a der Legal Aid-Richtlinie wäre. Obgleich es sich stets um einen Fall notwendiger Verteidigung handeln muss, der angesichts der Erheblichkeit des Vorwurfs prinzipiell die Schutzbedürftigkeit einer oder eines *jeden* Beschuldigten auszulösen geeignet erscheint, die/der sich diesem Vorwurf ausgesetzt sieht, wird die Schutzbedürftigkeit eigens als weiteres Merkmal extrahiert. Doch gerade die *besonders* handlungsinkompetenten Beschuldigten werden zusätzlich *besonders* benachteiligt, weil sie trotz rein formaler Belehrung nach § 114b Abs. 1 Nr. 4a StPO-RegE mit einiger Wahrscheinlichkeit dennoch keinen Antrag stellen werden, zumal angesichts des gleichzeitigen Hinweises auf die Kostenfolge des § 465 StPO im Verurteilungsfall (§ 136 Abs. 1 S. 5 Hs. 2 StPO-RegE).⁷⁸ Hier liegt, ersichtlich unter Einfluss der Länder und der Innenseite entstanden und durch den Kabinettsbeschluss vom 12.6.2019 besiegelt, ein inhaltliches *Minimierungsmodell* bei der Pflichtverteidigung der ersten Stunde zugrunde.

Das wirft europarechtliche Fragen für die Pflichtverteidigung in Deutschland nach dem Stockholm-Prozess auf, denen noch nachzugehen sein wird. Auch muss sich erst klären, wie sich die Bundesländer im Bundesrat – es handelt sich um ein bloßes Einspruchsgesetz – und der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags nach einer allgemein erwarteten Expertenanhörung in der zweiten Jahreshälfte 2019 zum Regierungsentwurf positionieren werden.

c. Zur Kritik des Verzichtmodells

aa) Keine Erwähnung des Verzichts im Wortlaut der Legal Aid-Richtlinie

Alle drei vorgenannten Verzichtmodell-Vorschläge liegen zudem quer zum Regelungssystem der notwendigen Verteidigung, wie es im deutschen Recht derzeit noch – maximal paternalistisch – installiert ist. Diese Mechanik würde auf sehr unglückliche Weise mit der eines rein *finanziellen* Prozesskostenhilfemodells vermischt, auf deren Inanspruchnahme man typischerweise tatsächlich verzichten kann.

⁷⁸ Vgl. oben IV.3.

Die Verzichtsmöglichkeit ist zudem im Wortlaut der Vorschriften der PKH-Richtlinie an keiner Stelle explizit genannt. Hinweise finden sich lediglich in den Erwägungsgründen. Diese sind dem eigentlichen Richtlinientext vorgelagert und geben häufig Aufschluss über die historische Entwicklung der Vorschriften, aber auch zugrundeliegende Rechtsprechungsimpulse aus Luxemburg oder Straßburg. In Erwägungsgrund 9 der PKH-Richtlinie ist die Verzichtsmöglichkeit zwar in der Tat erwähnt. Nach der Rechtsprechung des *EuGH* kann »der verfügende Teil eines Rechtsakts nicht von seiner Begründung getrennt werden«⁷⁹, so dass er zur Auslegung der Richtlinie auch heranzuziehen ist. Diese Vorgehensweise entspricht im Grunde der historisch-genetischen Auslegung, wie sie im deutschen Recht auch zur Konkretisierung von Vorschriften der Strafprozessordnung anerkannt ist.⁸⁰ Hier findet sich im Wortlaut der PKH-Richtlinie selbst jedoch überhaupt keine Andeutung einer Verzichtsmöglichkeit, so dass deren Erwähnung in Erwägungsgrund 9 auch nicht zur Auslegung dieser Bestimmung herangezogen werden kann. Es handelt sich somit um eine andere Konstellation als diejenige, die der *EuGH* in der eben zitierten Fundstelle meint.

bb) Systematisches Zusammenspiel der Zugangsrichtlinie 2013 und der Legal Aid-Richtlinie 2016

Ausgangspunkt der systematischen Auslegung muss vielmehr Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie (EU) 2016/1919 sein. Die gesamte Legal Aid-Richtlinie gilt mit der folgenden Maßgabe (*Hervorh. v. hier*):

»Die vorliegende Richtlinie findet Anwendung auf Verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren, *die ein Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand nach Maßgabe der Richtlinie 2013/48/EU haben ...*«.

Folgendes ist also zu bedenken: Wenn ein(e) Beschuldigte(r) auf Basis der Zugangs-Richtlinie 2013/48 verzichtet, besteht das Recht auf Legal Aid dennoch weiterhin fort. Es ist lediglich für die Dauer des Verzichts suspendiert. Auch hier sind Parallelen zur deutschen Verfassungsrechtsdogmatik erkennbar: Nach Art. 1 Abs. 2 GG handelt es

79 *EuGH* Urt. v. 15.5.1997 – Rs. C-355/95 P – TWD ./ . Kommission, Slg. 1997, I-2549, Rn. 21.

80 Vgl. LR-StPO/*Lüderssen/Jahn*, 27. Aufl. 2016, Einl. M Rn. 40.

sich bei Grundrechten um »unveräußerliche« Rechte, die demnach unverzichtbar sind. Denkbar – und weithin anerkannt⁸¹ – ist lediglich die Option jeder Grundrechtsträgerin und jedes Grundrechtsträgers, auf die schiere *Ausübung* des Grundrechts zu verzichten. Wenn ein(e) Beschuldigte(r) auf die Inanspruchnahme von Legal Aid verzichtet, übt sie/er ihr/sein Recht nicht aus. Es geht aber ihr/sein Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand nach der Zugangs-Richtlinie nicht unter, so dass nach Art. 2 Abs. 1 die Legal Aid-Richtlinie weiterhin angewendet werden muss.

Bestätigt wird diese Überlegung durch den Wortlaut der Zugangs-Richtlinie 2013/48. Sie enthält in Art. 9 Abs. 3 folgende Bestimmung:

»Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Verdächtige oder beschuldigte Personen einen Verzicht jederzeit während des Strafverfahrens widerrufen können und dass sie über diese Möglichkeit informiert werden. Der Widerruf ist ab dem Zeitpunkt wirksam, zu dem er erfolgt.«

Dieser Wortlaut zeigt hier, dass das Recht, auf dessen Ausübung die/der Beschuldigte verzichtet hat, nicht untergegangen ist, weil der Verzicht mit *ex nunc*-Wirkung jederzeit frei widerruflich ist. Daraus ergibt sich, dass das Recht aus Legal Aid-Leistungen tatsächlich im Wortsinne unverzichtbar ist.

cc) Praktische Probleme der Verzichtbelehrung

Selbst dann, wenn man die hier entwickelte Argumentationslinie nicht teilt, sei ergänzend auf die praktisch kaum lösbaren Herausforderungen in der Umsetzung hingewiesen.

Denn jedenfalls wäre vorauszusetzen, dass der Verzicht nach den Anforderungen der Zugangs-Richtlinie *lege artis* erklärt wird. Dazu gehört eine »eindeutige und ausreichende« Belehrung über das Recht auf notwendige Verteidigung und »die möglichen Folgen eines Verzichts« (Art. 9 Abs. 1 lit. a Richtlinie 2013/48/EU); zudem müsste eine »freiwillig[e] und unmissverständlich[e]« Verzichtserklärung erfolgen

81 *Jarass*, NJW 1989, 857 (860); *Hillgruber*, JÖR 54 (2006), 57 (72 f.); *Maunz/Dürig-GG/di Fabio* (Fn. 39), Art. 2 Abs. 1 Rn. 229; für die EMRK-Dogmatik ebenso *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. 2016, § 18 Rn. 23.

(Art. 9 Abs. 1 lit. b Richtlinie 2013/48/EU), wobei hier bereits zweifelhaft ist, ob es in den ersten Minuten und Stunden nach einer vorläufigen Festnahme angesichts der in aller Regel bestehenden psychischen Ausnahmesituation der/des Beschuldigten überhaupt denkbar ist, von einer hinreichend reflektierten und »freiwilligen« Entscheidung auszugehen. Dies gilt zumal bei vulnerablen Beschuldigten, denen nach der Legal Aid-Richtlinie besonderer Schutz zuteil werden soll (Art. 9 der Richtlinie 2016/1919/EU). Hier sind Streitigkeiten in der Hauptverhandlung bis in das Revisionsverfahren zu der Frage vorprogrammiert, ob in diesen Ausnahmesituationen ein »freiwilliger« Verzicht überhaupt denkbar. Zuletzt müssen der Verzicht sowie die Umstände des Verzichts auch noch schriftlich festgehalten werden (Art. 9 Abs. 2 Richtlinie 2013/48/EU).

Das »Verzichtsmodell« stellt nach alledem keine europarechtskonforme Umsetzung der Legal Aid-Richtlinie dar. Es sollte in der Reformdebatte nicht weiter verfolgt werden.