



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Stellungnahme Nr. 1 Januar 2019

Referentenentwurf des BMJV eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung (Umsetzung der Richtlinie [EU] 2016/1919 betreffend Prozesskostenhilfe für Verdächtige und Beschuldigte in Strafverfahren)

Mitglieder des Strafrechtsausschusses

RA Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor, Vorsitzender

RA Prof. Dr. Jan Bockemühl

RA Prof. Dr. Alfred Dierlamm

RA Thomas C. Knierim

RA Dr. Daniel M. Krause

RA Prof. Dr. Holger Matt (Berichterstatter)

RAin Anke Müller-Jacobsen

RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus (Berichterstatter)

RA Prof. Dr. Tido Park

RA Dr. Jens Schmidt

RAin Dr. Anne Wehnert

RAin Dr. Annette von Stetten

Jun.-Prof. Dr. Dominik Brodowski (Berichterstatter)

Prof. Dr. Matthias Jahn (Berichterstatter)

RAin Ulrike Paul, BRAK-Vizepräsidentin

RA Frank Johnigk, Bundesrechtsanwaltskammer

Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar
Barreau Fédéral Allemand
www.brak.de

Büro Berlin – Hans Litten Haus

Littenstraße 9 Tel. +49.30.28 49 39 - 0
10179 Berlin Fax +49.30.28 49 39 - 11
Deutschland Mail zentrale@brak.de

Büro Brüssel

Avenue des Nerviens 85/9 Tel. +32.2.743 86 46
1040 Brüssel Fax +32.2.743 86 56
Belgien Mail brak.bxl@brak.eu

Verteiler: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen
Rechtsanwaltskammern
Bundesverband der Freien Berufe
Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Deutscher Steuerberaterverband
Wirtschaftsprüferkammer
Institut der Wirtschaftsprüfer
Deutscher Anwaltverein
Deutscher Notarverein
Deutscher Richterbund
Deutscher Juristinnenbund
Bundesvorstand Neue Richtervereinigung
Strafverteidigervereinigungen
Redaktionen der NJW, Beck Verlag, Deubner Verlag, Jurion, Juris, LexisNexis,
Otto Schmidt Verlag, Strafverteidiger, Neue Zeitschrift für Strafrecht, ZAP Verlag,
Zeitschrift für höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht,
Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht,
wistra - Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Zeitschrift HRR-Strafrecht, Krimi-
nalpolitische Zeitschrift

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 164.500 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Stellungnahme

Der deutsche Gesetzgeber ist europarechtlich verpflichtet, das Recht der notwendigen Verteidigung (§§ 140 ff. StPO, §§ 40, 53, 83j IRG, 31 ff. IStGH) bis zum 25. Mai 2019 an die Vorgaben der Richtlinie [EU] 2016/1919 des Europäischen Parlaments und des Rates über Prozesskostenhilfe für Verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren sowie für gesuchte Personen in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls anzupassen. Zugleich ist zum Recht der notwendigen Verteidigung ergangene Rechtsprechung des EGMR, insbesondere seit dem Salduz-Urteil vom 27. November 2008 (EGMR, Nr. 36391/02, NJW 2009, 3707) aufzugreifen. Der Referentenentwurf versucht einerseits, die zwingenden Vorgaben der Richtlinie unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR umzusetzen und nimmt dies andererseits zum Anlass, bisheriges Richterrecht in der StPO zu normieren, um es insgesamt „systematischer klarer zu strukturieren“ (S. 1). Dies gelingt in vielen, aber nicht in allen Punkten, sodass jedenfalls zwingender Korrektur- bzw. Ergänzungsbedarf für einzelne neue Regelungen in StPO und IRG besteht zur Einhaltung der nunmehr europarechtlich verbindlichen Mindeststandards, die wiederum durch den EuGH gerichtlich in Zukunft anhand der EU-Richtlinien und der EU-Grundrechtecharta überprüfbar sind (vgl. Art. 267 AEUV).

I. Vorbemerkung

1. Ein zentraler Baustein des Stockholmer Programms wird Wirklichkeit:

Für ein faires, rechtsstaatliches und auch effektives Strafverfahren ist es von zentraler Bedeutung, dass dem Beschuldigten ein Verteidiger als Rechtsbeistand beiseite stehen kann, und dies „unverzüglich [und] in jedem Fall ... vor der Befragung durch die Polizei“. Dies ist auch Vorgabe des Art. 3 der Richtlinie über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren pp., die in Deutschland bereits vollständig ohne Ausnahmemöglichkeit (vgl. Art. 3 Abs. 6 RL 2013/48/EU) umgesetzt ist (vgl. etwa §§ 136, 137 StPO). Die EU-Mitgliedstaaten haben – bald nach dem wegweisenden Salduz-Urteil des EGMR (s. o.) – im Jahr 2009 als Teil des sogenannten Stockholmer Programms entschieden, Maßnahmen zum „Rechtsbeistand und Prozesskostenhilfe“ zu ergreifen. Dabei wurde in klaren Worten darauf verwiesen, dass das „Recht auf Rechtsbeistand [...] für einen Verdächtigen oder Beschuldigten in einem Strafverfahren zum frühesten geeigneten Zeitpunkt des Verfahrens [...] zur Gewährleistung eines fairen Verfahrens von grundlegender Bedeutung [ist]; das Recht auf Prozesskostenhilfe sollte sicherstellen, dass tatsächlich Zugang zum vorgenannten Recht auf Rechtsbeistand besteht“ (Maßnahme C bzw. Measure C der Entschließung 2009/C 295/01). Nach Verabschiedung der Richtlinie 2013/48/EU über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren und zwischenzeitlicher Umsetzung in nationales Recht haben auf Initiative der Europäischen Kommission das Europäische Parlament und der Rat der Europäischen Union im Oktober 2016 den zweiten Teil dieser Measure C beschlossen: Die nunmehr umzusetzende Richtlinie 2016/1919/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über Prozesskostenhilfe für Verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren sowie für gesuchte Personen in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls (im Folgenden: RL) legt einen verbindlichen europäischen Mindeststandard fest, mit dem

die notwendige Verteidigung bzw. Prozesskostenhilfe in Strafverfahren („legal aid“) als wesentliche Bedingung für die tatsächliche Effektivität des (normativ bereits umfassend und ohne Ausnahme in Deutschland gem. § 137 StPO gewährleisteten) Rechts auf Zugang zu einem Rechtsbeistand sichergestellt werden soll (s. Erwägungsgründe 4 und 7 RL). Ergänzend ist zur effektiven Gewährung von Verfahrensrechten auf das Recht (auf) und die Notwendigkeit von Übersetzung und Dolmetscherleistungen (Measure A: Richtlinie 2010/64/EU; vgl. dazu §§ 185-187 GVG) sowie das Recht auf Information bzw. Belehrung in einfacher und klarer verständlicher Sprache (Measure B: Richtlinie 2012/13/EU, Art. 3 Abs. 2) hinzuweisen, so dass mit der Umsetzung der PKH-RL auch die zentralen Belehrungsvorschriften in §§ 114 b, 136 StPO bzw. §§ 19 ff. IRG angepasst werden müssen. Hierbei ist die praktische Handhabung auch durch die Polizei zu berücksichtigen und eine entsprechende Information bzw. Belehrung sicherzustellen (vgl. § 163 a Abs. 4 i.V.m. § 136 StPO, § 163 a Abs. V StPO i.V.m. § 187 GVG und §§ 19 ff., 77 IRG). Der Referentenentwurf bleibt hier hinter den europarechtlich verbindlichen Vorgaben zurück.

2. Zur Richtlinie 2016/1919/EU (PKH-RL):

Bei der PKH-Richtlinie handelt es sich, wie erwähnt, um den zweiten Teil der sog. „Measure C“ des „Fahrplans zur Stärkung der Verfahrensrechte von Verdächtigen oder beschuldigten Personen in Strafverfahren“ (Roadmap vom Dezember 2009 als Teil des Stockholmer Programms), die die bereits geltende Richtlinie 2013/48/EU zum „Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren“ „ergänzt“ (Art. 1 Abs. 2 RL). Sie dient dem Zweck, „[...]dass das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand“ auch unabhängig von der finanziellen Leistungsfähigkeit der Beschuldigten „wahrgenommen werden kann“ (Art. 3 RL); damit „soll die Effektivität des [...] Rechts auf Zugang zu einem Rechtsbeistand gewährleistet werden“ (Erwägungsgrund 1 RL). Die Richtlinie sieht ein mehrstufiges Verfahren vor: In einem ersten Schritt ist jeweils festzustellen, ob der Anwendungsbereich der Richtlinie eröffnet ist (Art. 2 RL). Ist dies der Fall, so muss in einem zweiten Schritt eine „zuständige[...] Behörde“ über die Gewährung von Prozesskostenhilfe unverzüglich entscheiden (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 RL) und hierbei die in Art. 4, Art. 5 RL abgesteckten Mindestvorgaben für den Entscheidungsmaßstab beachten („means test“ betreffend die Bedürftigkeit und/oder „merits test“ betreffend materielle Kriterien). Nach der Richtlinie sind, soweit ein „means test“ nach nationalem Recht nicht durchgeführt wird, nur wenige bestimmte Fälle zwingend Fälle notwendiger Verteidigung (Art. 4 Abs. 4 RL: Vorführung, Haft; Art. 5 RL: Europäischer Haftbefehl). In einem dritten Schritt ist ein Rechtsbeistand zu bestellen. Dabei muss sichergestellt werden, dass die Bewilligung von Prozesskostenhilfe „unverzüglich und spätestens vor einer Befragung durch die Polizei, eine andere Strafverfolgungs- oder eine Justizbehörde“ oder vor Vornahme bestimmter Ermittlungs- und Beweiserhebungshandlungen (Art. 4 Abs. 5 RL) erfolgt. Ausnahmen (möglich nur in Bezug auf die RL 2013/48/EU in deren Art. 3 Abs. 5 und 6; Ausnahmen, die von Deutschland aus guten Gründen nicht „genutzt“ wurden, vgl. § 137 StPO) sieht die RL ausdrücklich nicht vor (vgl. Erwägungsgrund 9 RL), so dass entsprechend dem nationalen Recht in allen Fällen des Rechts auf unverzüglichen Zugang zum Rechtsbeistand auch Prozesskostenhilfe (nach means und/oder merits test) zu gewähren ist. Aus Art. 6 Abs. 2 RL folgt, dass es jedenfalls ein Antragsrecht des Beschuldigten geben soll, ohne dass ein solcher Antrag nach der RL Voraussetzung sein muss für die Gewährung von Prozesskostenhilfe (vgl. Erwägungsgrund 18 RL). Die Mitgliedstaaten haben ferner erforderliche Maßnahmen – auch finanzieller Art – zu treffen, um u.a. sicherzustellen, dass „die Qualität der mit der Prozesskostenhilfe verbundenen Dienstleistungen angemessen ist, um die Fairness des Verfahrens zu wahren, wobei die Unabhängigkeit der Rechtsberufe gebührend zu achten ist“ (Art. 7 Abs. 1 lit. b RL). Zu diesem Zweck sind „unter gebührender Achtung der Unabhängigkeit der Rechtsberufe und der Rolle derjenigen, die für die Weiterbildung von Rechtsbeiständen zuständig sind, [...] geeignete Maßnahmen zur Förderung geeigneter Weiterbildungsmaßnahmen für Rechtsbeistände [zu ergreifen], die Dienstleistungen im Rahmen von Prozesskostenhilfe erbringen“ (Art. 7 Abs. 3 RL). Die Umsetzung dieser Mindestvorgaben zur Qualität der Prozesskostenhilfe hat zur Konsequenz, dass auch das Verfahren der Auswahl und Bestellung von Rechtsbeiständen im Einzelfall (Art.

6 Abs. 1 RL) angepasst werden muss. Folglich muss das bestehende Auswahl- und Bestellungsverfahren – auch angesichts empirischer Rechtstatsachenforschung mitunter stark kritisiert – einer Reform unterzogen werden.

3. Prozesskostenhilfe und das funktionale Äquivalent der notwendigen Verteidigung:

Die Umsetzung der RL soll nach dem Referentenentwurf ausdrücklich nicht durch die Einführung einer „echten“ Prozesskostenhilfe in Strafsachen gefunden werden. Vielmehr entscheidet sich der Referentenentwurf mit ausführlicher Begründung (S. 2, 18 f.) für die Aufrechterhaltung und Erweiterung bzw. Vorverlagerung des „paternalistischen“ Systems der „Beiordnung eines (zunächst) staatlich finanzierten Rechtsbeistandes“ (S. 19), „nämlich in allen Fällen der notwendigen Verteidigung, ... und zwar völlig unabhängig vom Willen des Beschuldigten und gegebenenfalls sogar gegen dessen Willen“ (S. 18). Aus dieser richtigen Grundentscheidung, wonach Deutschland am bisherigen, bewährten Modell einer notwendigen Verteidigung als funktionales Äquivalent zu einer Prozesskostenhilfe in Strafsachen festhält und eine – insbesondere in frühen Verfahrensstadien schwer zu überprüfende – Bedürftigkeit („means test“) in Straf- und Auslieferungs- bzw. Überstellungsverfahren nicht durchführt (siehe bereits BRAK-Stellungnahme Nr. 34/2018, S. 3 [Nr. 1, Nr. 2]), folgen weitere Vorgaben: Hierzu gehört – zwingend – die zeitliche Vorverlagerung der Feststellung einer notwendigen Verteidigung, um eine Beiordnung vor einer ersten polizeilichen, staatsanwaltlichen oder richterlichen Befragung sicherzustellen und somit die Konsultation und Anwesenheit des Pflichtverteidigers auch tatsächlich effektiv zu ermöglichen (siehe bereits BRAK-Stellungnahme Nr. 34/2018, S. 3 [Nr. 4, Nr. 5]). Hierzu gehört auch die Einführung der notwendigen Verteidigung für alle Fälle des Europäischen Haftbefehls und die Ausweitung des Katalogs in § 140 StPO etwa für Haft- oder Vorführungsfälle und – der Rechtsprechung des EGMR folgend – bei einer Straferwartung von sechs Monaten und mehr (S. 2), wobei Letzteres nicht konsequent umgesetzt wird in § 140 Abs. 1 Nr. 3 StPO-E (vgl. S. 6, 20, 30). Eine Folge dieser Grundentscheidung ist auch die Notwendigkeit, die Belehrungsvorschriften zu überarbeiten, was in dem vorliegenden Referentenentwurf nur teilweise erfolgt. So fehlt insbesondere die Streichung des irreführenden und sachlich falschen, für die meisten Menschen zudem schlicht unverständlichen Hinweises auf die Kostenfolge des § 465 SPO in § 136 Abs. S. 5 StPO. Eine weitere Folge der Grundentscheidung ist, dass die effektive und unverzügliche Mitwirkung des Pflichtverteidigers selbstverständlich in gleicher Weise zu garantieren ist wie beim Wahlverteidiger (vgl. § 137 StPO und Art. 3 RL 2013/48/EU) und keinen zusätzlichen Einschränkungen unterliegen darf – mit der Folge, dass etwa § 141 Abs. 3 StPO-E vollständig zu streichen ist: Die in RL 2013/48/EU theoretisch möglichen Einschränkungen beim allgemeinen Recht auf unverzüglichen Zugang zum Rechtsbeistand sind aus zutreffenden Gründen nicht in deutsches Recht umgesetzt worden. Sie können daher selbstverständlich nicht isoliert für die Gruppe der Pflichtverteidiger eingeführt werden, zumal die PKH-RL keine solchen Ausnahmen zulässt (vgl. hingegen S. 36 f., siehe bereits oben; dagegen ausdrücklich unter Bezugnahme auf Art. 3 Abs. 5 und 6 RL 2013/48/EU Erwägungsgrund 9 RL).

II. Zentrale Kritik- und Diskussionspunkte zum Referentenentwurf

1. Zur Pflichtverteidigerbestellung im polizeilich geführten Ermittlungsverfahren (§ 141 Abs. 2 RefE)

Nach Art. 4 Abs. 5 RL haben die Mitgliedstaaten sicher zu stellen, dass Prozesskostenhilfe unverzüglich und spätestens vor einer Befragung insbesondere durch die Polizei oder eine andere Strafverfolgungsbehörde oder vor einer Ermittlungs- oder Beweiserhebungshandlung in Form einer Identifizierungsgegenüberstellung, einer Vernehmungsgegenüberstellung oder einer Tatortrekonstruktion bewilligt wird. Diese Forderung soll durch § 141 Abs. 1 StPO-E umgesetzt werden. Danach ist in den Fällen

der notwendigen Verteidigung dem noch unverteidigten Beschuldigten von Amts wegen unverzüglich ein Verteidiger zu bestellen, wenn er dies nicht schon selbst beantragt hat.

Soweit die Polizei im Vorverfahren eine der in § 141 Abs. 1 Nr. 1 StPO-E angesprochenen Ermittlungshandlungen vornimmt, fehlt es an einer Regelung zur praktischen Umsetzung dieser Vorgabe. Denn im Vorverfahren soll nur die Staatsanwaltschaft nach § 141 Abs. 2 StPO-E – vorbehaltlich § 142 Abs. 2 StPO-E – verpflichtet sein, unter den Voraussetzungen des § 141 Abs. 1 StPO-E bei dem nach § 142 Abs. 1 StPO-E zuständigen Gericht unverzüglich einen Antrag auf Bestellung eines Verteidigers zu stellen. Eine entsprechende Verpflichtung für die Polizei enthält der Entwurf nicht. Diese ist nur bei einem Antrag des Beschuldigten, ihm einen Verteidiger zu bestellen, verpflichtet, dass dieser unter Vermittlung der Staatsanwaltschaft dem Gericht zur Entscheidung vorgelegt wird (§ 141 Abs. 5 StPO-E).

Auch wenn ein Fall notwendiger Verteidigung vorliegt, verbleibt der Beschuldigte daher unionsrechtswidrig ohne Beistand eines Verteidigers, solange sich das Verfahren noch im „ersten Zugriff“ der Polizei befindet (§ 163 Abs. 1 u. Abs. 2 StPO) und der Beschuldigte nicht selbst einen Antrag auf Bestellung eines Pflichtverteidigers gestellt hat (dazu nachstehend II.2.).

Für die Fälle der vorläufigen Festnahme nach § 127 StPO heißt es in der Entwurfsbegründung, dass es hier der Bestellung eines Verteidigers erst dann bedürfe, wenn feststehe, dass der Beschuldigte nach §§ 128, 129 StPO vorzuführen sei (Erläuterung zu Nr. 8 - § 140 StPO-E - Buchst. a Doppelbuchst. cc - Abs. 1 Nr. 4). Diese Erläuterung trifft nur dann zu, wenn ein Fall notwendiger Verteidigung ausschließlich auf Grund der Voraussetzungen des § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO-E vorliegt. Ist die Verteidigung aber schon aus einem anderen in § 140 StPO-E genannten Grund notwendig, bedarf es auch bei einer vorläufigen Festnahme bereits vor einer Vernehmung oder Gegenüberstellung der Bestellung eines Verteidigers.

Erforderlich ist deshalb eine Regelung, wonach die Polizei im Vorverfahren von Amts wegen verpflichtet ist, die Bestellung eines Pflichtverteidigers zu veranlassen, wenn der Beschuldigte selbst keinen Antrag auf Bestellung eines Pflichtverteidigers gestellt hat, aber die in § 140 StPO-E genannten Voraussetzungen einer notwendigen Mitwirkung eines Verteidigers gegeben sind. Anderenfalls liefe § 141 Abs. 1 StPO-E, wonach die Bestellung (von Amts wegen) zu erfolgen hat, „wenn die Mitwirkung eines Verteidigers im Verfahren erforderlich wird“, im Vorverfahren leer, solange die Polizei den Vorgang der Staatsanwaltschaft noch nicht vorgelegt hat.

Gerade bei der ersten Konfrontation eines Beschuldigten mit einem strafrechtlichen Vorwurf durch die Polizei ist dieser im Hinblick auf seine besondere Schutzbedürftigkeit auf einen Rechtsbeistand angewiesen, was die Richtlinie sicherstellen will (Maßnahme C des „Fahrplans...“: Erwägungsgrund 4). Erst recht gilt dies, wenn ihm durch eine vorläufige Festnahme die Freiheit entzogen wird (Art. 2 Abs. 1 lit. a RL).

Deshalb bedarf es für die Bestellung eines Pflichtverteidigers für diejenigen Fälle einer Regelung, in denen die Staatsanwaltschaft mangels Befassung keinen nach Maßgabe des § 141 Abs. 2 StPO-E erforderlichen Antrag auf Bestellung eines Verteidigers stellen kann. Eine solche Regelung muss der Polizei praktikable Kriterien an die Hand geben, nach denen sie zur Vorlage des Vorgangs bei der Staatsanwaltschaft verpflichtet ist. Diese haben sich an den Voraussetzungen einer notwendigen Verteidigung i.S.d. § 140 StPO-E zu orientieren. Dabei ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Polizei ausbildungs- und situationsbedingt nur eingeschränkt in der Lage ist, hier eine exakte Prüfung der Voraussetzungen des § 140 StPO-E vorzunehmen. Da sie aber regelmäßig zumindest in der Lage ist, den in Rede stehenden historischen Lebenssachverhalt strafrechtlich beispielsweise unter dem Gesichtspunkt eines Diebstahls, einer Körperverletzung oder eines Betruges einzuordnen (LR-Erb,

StPO, 27. Aufl., § 163a Rn. 87), eignet sich folgendes Kriterium als Anknüpfungspunkt: In den Fällen eines Strafvorwurfs, für den das Gesetz eine erhöhte Mindeststrafe vorsieht, ist die Prüfung der Notwendigkeit der Mitwirkung eines Verteidigers indiziert. Denn kommt die Verhängung einer Freiheitsstrafe mit einem erhöhten Mindestmaß in Betracht, liegt schon die Annahme der Voraussetzungen des § 140 Abs. 1 Nr. 3 StPO-E oder des § 140 Abs. 2 StPO-E nahe. Unter dieser Voraussetzung ist die Polizei zu verpflichten, sofort den Vorgang der Staatsanwaltschaft vorzulegen, um eine Entscheidung des zuständigen Gerichts herbeizuführen. Die betreffenden Straftatbestände sind auch für die Polizei eindeutig zu identifizieren, wobei ihr gemäß Art. 7 Abs. 2 RL ggfls. eine diese Voraussetzungen betreffende angemessene Schulung zur Verfügung zu stellen ist.

Es sollte deshalb in § 141 Abs. 2 StPO-E nach Satz 1 ein Satz 2 eingeschoben werden, der wie folgt lauten könnte:

„In den Fällen der Ermittlung wegen eines Straftatbestandes, der eine erhöhte Mindeststrafe vorsieht, hat die Polizei von Amts wegen den Vorgang sofort der Staatsanwaltschaft zur Prüfung vorzulegen.“ (Der bisherige § 141 Abs. 2 S. 2 StPO-E wird Satz 3.)

2. Zum Antragsrecht des Beschuldigten (§§ 136 Abs. 1 S. 5, 58 Abs. 2 S. 5 StPO-E)

a) Schwierigkeiten bei der praktischen Umsetzung

Die fehlende Verpflichtung der Polizei, von Amts wegen die Bestellung eines Pflichtverteidigers zu veranlassen, wird auch nicht dadurch kompensiert, dass dem Beschuldigten das Recht eingeräumt werden soll, einen Antrag auf Bestellung eines Pflichtverteidigers zu stellen, und er hierüber von der Polizei vor der ersten Vernehmung bzw. vor einer Gegenüberstellung zu belehren ist (§ 163a Abs. 4 S. 2 StPO, §§ 136 Abs. 1 S. 5, 58 Abs. 2 S. 5 StPO-E). Denn dieses Antragsrecht gilt nur „nach Maßgabe des § 141 Abs. 1“ (§ 136 Abs. 1 S. 5 StPO-E) bzw. „in den Fällen des § 140“ (§ 58 Abs. 2 S. 5 StPO-E). Damit steht das Antragsrecht (und die diesbezügliche Belehrungs- bzw. Hinweispflicht) unter dem Vorbehalt, dass „ein Fall der notwendigen Verteidigung“ (§ 140 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 StPO-E) vorliegt. Durch die Verquickung von Antragsvoraussetzungen und Anspruchsvoraussetzungen werden nicht nur der Beschuldigte bei der Wahrnehmung seines Antragsrechts, sondern auch die Beamten des Polizeidienstes in Erfüllung ihrer Belehrungspflicht überfordert. Beiden fehlen zu diesem Zeitpunkt des Ermittlungsverfahrens i.d.R. die erforderlichen Informationen und Kenntnisse, um die Voraussetzungen eines Falles notwendiger Verteidigung verlässlich beurteilen zu können.

Für den Beschuldigten wäre es außerdem eine zusätzliche Zumutung, wenn er beispielsweise die Erwartung, dass gegen ihn „eine Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verhängt oder ein Berufsverbot angeordnet wird“ (§ 140 Abs. 1 Nr. 3 StPO-E) oder der „Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage“ oder seiner Unfähigkeit, sich „selbst verteidigen“ zu können (§ 140 Abs. 2 StPO-E), zur Grundlage seiner Entscheidung machen müsste, einen Antrag auf Bestellung eines Pflichtverteidigers zu stellen.

b) Lösung durch ein vorbehaltloses Antragsrecht

Aus diesem Grund muss ihm ein vorbehaltloses Antragsrecht eingeräumt werden, worauf sich auch die entsprechende Belehrungs- bzw. Hinweispflicht zu beschränken hätte...In Art. 1 des RefE sind folglich die Satzteile „unter den Voraussetzungen des § 140“ und „nach Maßgabe des § 141 Abs. 1“ zu streichen; es heißt dann nur noch „... und die Bestellung eines Verteidigers beantragen kann“. Entsprechend ist § 114b Abs. 2 S. 1 Nr. 4a StPO-E anzupassen.

Dieser die Handhabung erleichternde Formulierungsvorschlag trägt der Intention der Richtlinie zur Stärkung der Effektivität des Rechts auf Zugang zu einem Rechtsbeistand Rechnung. Damit ist er auch nicht den Einwänden ausgesetzt, die schon jetzt die Folgen einer Verletzung der Belehrungspflicht nach § 136 Abs.1 S. 5 Hs. 2 StPO betreffen (so hält BGH, Beschl. v. 06.02.2018 – 2 StR 163/17 = NStZ 2018, 671 die Annahme eines absoluten Beweisverwertungsverbots bei Verletzung der Belehrungspflicht gemäß § 136 Abs. 1 S. 5 Hs. 2 StPO u.a. deshalb nicht für geboten, weil „die Regelungen über die Bestellung eines Pflichtverteidigers (...) nicht absolut gelten und vom Vorliegen der in § 140 Abs. 1 und 2 StPO genannten Voraussetzungen abhängig sind“). Ansonsten ändert der Formulierungsvorschlag nichts an der Entwurfskonzeption: Ob dem Antrag nach Maßgabe des § 140 StPO-E stattzugeben ist oder nicht, hat ohnehin das nach § 141 Abs. 1 StPO-E zuständige Gericht bzw. in den Fällen des § 141 Abs. 2 StPO-E die Staatsanwaltschaft zu entscheiden.

3. Zum Hinweis auf die Kostenfolge des § 465 StPO

Es ist Zielsetzung der Richtlinie, denjenigen Beschuldigten, die nicht über ausreichende Mittel zur Bezahlung eines Rechtsbeistands verfügen, den Zugang zu einem Rechtsbeistand zu ermöglichen (Art. 3 u. Art. 4 Abs. 1 RL). Dem widerspricht der in § 136 Abs. 1 S. 5 StPO vorgesehene Hinweis auf die Rechtsfolge des § 465 StPO, der daher zu streichen ist. Der Hinweis darauf, dass der Angeklagte die Kosten des Verfahrens, zu denen die dem Pflichtverteidiger aus der Staatskasse zu erstattende Vergütung gehört, im Falle seiner Verurteilung zu tragen hat, konterkariert die Richtlinie auch insoweit, als diese die Option, Beschuldigte an den Kosten der Verteidigung zu beteiligen, von deren finanziellen Möglichkeiten abhängig macht (Erwägungsgrund Nr. 8). Da im Übrigen in den Fällen, in denen dem Beschuldigten von Amts wegen ein Verteidiger beigeordnet wird, die betreffende Entscheidung nicht zur Disposition des Beschuldigten steht und unabhängig von seinen finanziellen Verhältnissen zu treffen ist, ist die Verknüpfung des Antragsrechts mit dem Hinweis auf die Kostenfolge des § 465 StPO auch systemwidrig. Zudem enthält § 58 Abs. 2 S. 5 StPO-E eine entsprechende Hinweispflicht nicht.

Schließlich ist zu bedenken, dass der Hinweis auf die Kostenfolge ein beträchtliches Vollzugsdefizit verhüllt: Unter Bezugnahme auf eine Finanzkostenschätzung des BMJV wird in ZAP 2018, 971 mitgeteilt, dass nur ca. 20% der vom Staat gezahlten Pflichtverteidigerkosten später von den Verurteilten zurückerlangt werden (können). Hintergrund hierfür ist der nachgelagerte Vollstreckungsschutz bei bedürftigen Verurteilten (§§ 6 Abs. 1 JBeitrG i.V.m. den dort genannten Vorschriften der ZPO). Diese Einschränkung der Kostenfolge sollte – jedenfalls bezogen auf die Kosten notwendiger Verteidigung – bereits in § 465 StPO klargestellt werden (siehe bereits BRAK-Stellungnahme Nr. 34/2018, S. 3 [Nr. 10]).

4. Zur notwendigen Verteidigung im Hinblick auf die Straferwartung (§ 140 Abs. 1 Nr. 3 StPO-E)

a) Mindeststrafferwartung

Der in § 140 Abs. 1 Nr. 3 StPO-E vorgesehene Schwellenwert einer Straferwartung von mindestens einem Jahr Freiheitsstrafe ist deutlich zu hoch angesetzt. Es ist geboten, diesen Schwellenwert zumindest auf die in der Entwurfsbegründung andernorts erwähnte (S. 2) Straferwartung von sechs Monaten Freiheitsstrafe abzusenken. In der Rechtsprechung des EGMR ist nämlich anerkannt, dass ein Beschuldigter grundsätzlich zumindest dann einen – nötigenfalls auf Staatskosten zu bestellenden – Verteidiger benötigt, wenn ein Freiheitsentzug im Raum steht (grundlegend EGMR, Urte. v. 10.6.1996 – Benham/UK, Rn. 61; ferner EGMR, Urte. v. 19.2.2009 – 16404/03 – Shabelnik/Ukraine, Rn. 58; zuletzt EGMR, Urte. v. 17.3.2016 – 6287/10 – Hammerton/UK, Rn. 142; siehe ferner MüKo-StPO/Gaede, Art. 6 EMRK Rn. 210). Von diesem Grundsatz hat der EGMR nur in Fällen Ausnahmen zugelassen, in

denen der Beschuldigte vehement darauf bestanden hatte, einen bereits benannten Pflichtverteidiger zu entbinden (EGMR, Urt. v. 6.10.2016 – 37364/05 – Jemeļjanovs/Lettland), oder wenn nur kurzzeitige freiheitsentziehende Sanktionen drohten. Ab welchem Schwellenwert einer drohenden Freiheitsstrafe ein Fall notwendiger Verteidigung vorliegt, gibt zwar weder die EMRK noch die Rechtsprechung des EGMR eindeutig vor (vgl. EGMR, Urt. v. 19.11.2015 – 46998/08 – Mikhaylova/Russland, Rn. 82). Doch hat der EGMR zuletzt einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. c EMRK bereits darauf gestützt, dass gegen einen Beschuldigten eine nur fünfzehntägige „Administrativhaft“ verhängt wurde (EGMR, Urt. v. 19.11.2015 – 46998/08 – Mikhaylova/Russland, Rn. 90, 92); in einem anderen Verfahren bestätigte er die Einschätzung des UK Court of Appeal, dass in Verfahren, die zu einer dreimonatigen Strafhaft führen, einem unverteidigten Beschuldigten ein Verteidiger zur Seite gestellt werden müsse (EGMR, Urt. v. 17.3.2016 – 6287/10 – Hammerton/UK, Rn. 142, insoweit strenger als EGMR, Urt. v. 10.6.1996 – Benham/UK, Rn. 61 ff. [maximal drohende dreimonatige Strafhaft und Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage]). Im Lichte dieser neueren Rechtsprechung des EGMR erscheint es zumindest als geboten, bereits ab einem zu erwartenden Gesamtstrafübel von sechs Monaten Freiheitsstrafe eine notwendige Verteidigung vorzusehen.

b) Möglicher Widerruf von Bewährung(en)

§ 140 Abs. 1 Nr. 3 StPO-E muss ergänzend den Fällen Rechnung tragen, in denen der Beschuldigte im Falle seiner Verurteilung den Widerruf einer zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe zu gewärtigen und er dadurch einen Freiheitsentzug von mehr als einem Jahr zu erwarten hat. Die Vorschrift legt schon jetzt das den Beschuldigten zu erwartende Gesamtstrafübel einer Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr zugrunde. Denn diese Voraussetzung ist unbeschadet des Umstandes erfüllt, ob die Mindestgrenze von einem Jahr Freiheitsstrafe durch eine Einzelstrafe oder durch eine Gesamtstrafe erreicht wird. Aus diesem Grunde erstreckt sich die Bestellung des Pflichtverteidigers auch auf das Verfahren einer nachträglichen Gesamtstrafenbildung gemäß § 460 StPO (§ 143 Abs. 1 StPO-E). Nach ständiger Rechtsprechung ist auch schon nach geltendem Recht der zu erwartende Widerruf einer zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe bei der Bewertung der Schwere der Tat gemäß § 140 Abs. 2 StPO zu berücksichtigen (zu dem mit § 140 StPO-E beabsichtigten Einordnungswechsel der in § 140 Abs. 1 und Abs. 2 StPO geregelten Fälle einer notwendigen Verteidigung siehe Entwurfsbegründung Teil B, Zu Art. 1 Nr. 8 - S. 29).

5. Zur notwendigen Verteidigung bei bedeutender richterlicher Vernehmung (§ 140 Abs. 1 Nr. 10 StPO-E)

Die bisherige Regelung in § 141 Abs. 3 S. 4 StPO soll nach § 140 Abs. 1 Nr. 10 StPO-E überführt werden (Entwurfsbegründung Teil B, Zu Art. 1 Nr. 8 zu Abs. 1 Nr. 10 - S. 33). Nach dem derzeit geltenden § 141 Abs. 3 S. 4 StPO bestellt das Gericht, bei dem eine richterliche Vernehmung durchzuführen ist, dem Beschuldigten einen Verteidiger insbesondere dann, wenn dessen Mitwirkung aufgrund der Bedeutung der Vernehmung zur Wahrung der Rechte des Beschuldigten geboten erscheint. Diese Vorschrift hat zur Konsequenz, dass eine solche Vernehmung zwingend in Anwesenheit eines Verteidigers durchzuführen ist (vgl. Schlothauer StV 2017, 557; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 61. Aufl., § 141 Rn. 5d und Burhoff StraFo 2018, 405 [409]). Durch die Überführung dieser Regelung nach § 140 Abs. 1 Nr. 10 StPO-E würde sich deren Inhalt auf die bloße Feststellung beschränken, dass damit ein Fall notwendiger Verteidigung vorliegt (§ 140 Abs. 1 S. 1 StPO-E). Was die weitere Umsetzung dieser Vorgabe angeht, fehlt es im Referentenentwurf an einer entsprechenden Regelung. Lediglich für die Zuständigkeit für die Bestellung kann auf § 142 Abs. 1 Nr. 1 StPO-E (die Bestellung hat der vernehmende Richter vorzunehmen), für die Dauer der Bestellung auf § 143 Abs. 2 S. 1 StPO-E zurückgegriffen werden. Zur Gewährleistung der Anwesenheit eines Verteidigers, dessen Mitwirkung „geboten“ ist, bedarf es deshalb einer ergänzenden Regelung. Diese könnte in § 168c StPO verortet werden. In einem § 168c Abs. 3 (neu) StPO wäre zu bestimmen, dass in einem Fall notwendiger Ver-

teidigung i.S.d. § 140 Abs. 1 Nr. 10 StPO-E die Durchführung einer richterlichen Vernehmung gemäß § 168c Abs. 1 oder Abs. 2 StPO zwingend in Anwesenheit eines (ggfls. bestellten bzw. zu bestellenden) Verteidigers zu erfolgen hat. Zur Klarstellung sei darauf hingewiesen, dass die Regelung des § 141 Abs. 3 S. 4 StPO bzw. § 140 Abs. 1 Nr. 10 StPO-E nicht aus der Umsetzung der RL resultiert, sondern Ausfluss der gesetzgeberischen Entscheidung war, im Zuge des „Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens“ insbesondere das Recht eines Beschuldigten auf kontradiktorische Vernehmung wesentlicher Belastungszeugen im Falle seiner Abwesenheit zu gewährleisten (BT-Drs. 18/11277, S. 27 – Gesetzesbegründung).

6. Zur Auswahl des zu bestellenden Verteidigers (§ 142 StPO)

a) Auswahlentscheidung

Bezeichnet der Beschuldigte selbst keinen Verteidiger, der ihm als Pflichtverteidiger zu bestellen ist, hält der Referentenentwurf am bisherigen System der Auswahl durch das Gericht fest (§ 142 Abs. 1 StPO-E) und schränkt dies nur im Hinblick auf die notwendige Interessenbekundung des Rechtsanwalts an der Übernahme entsprechender Mandate ein (s. unten 9.). In Eilfällen soll auch die Staatsanwaltschaft die Beststellungsentscheidung treffen können (§ 142 Abs. 2 StPO-E).

Die mit diesem System verbundenen Gefahren sachwidriger Auswahlentscheidungen sind vielfältig – auch empirisch – dokumentiert. Auch aus Sicht des Beschuldigten kann der Eindruck entstehen, der auswählende Richter aber auch der ausgewählte Verteidiger sei strukturell befangen.

Nur eine gewisse Verbesserung dürfte der Aspekt mit sich bringen, dass zukünftig die Auswahlentscheidung häufiger dem Ermittlungsrichter und damit einem i.d.R. anderen Richter als dem Vorsitzenden des Gerichts der Hauptsache obliegen wird. Daher hält die Bundesrechtsanwaltskammer an ihrem Anliegen fest, die Rechtsanwaltskammern in die Auswahl des Pflichtverteidigers einzubeziehen (siehe BRAK-Stellungnahme Nr. 34/2018, S. 5 [Nr. 11]). Dies sollte – im Rahmen dieser Reform – unbedingt in Gestalt eines rollierenden Systems erfolgen, dass also der Richter – und mehr noch der Staatsanwalt in den Fällen des § 142 Abs. 2 StPO-E – denjenigen Rechtsanwalt zum Pflichtverteidiger zu bestellen hat, der in einer von der zuständigen Rechtsanwaltskammer geführten Liste an bereitetester Stelle aufgeführt ist (Turnus; siehe erneut BRAK-Stellungnahme Nr. 34/2018, S. 5 [Nr. 11]). Die Einhaltung der Liste und damit die Gleichbehandlung der an der Übernahme von Pflichtverteidigungsmandaten interessierten Rechtsanwälte sollten zudem statistisch erfasst werden (Transparenzgebot). Ist der ausgewählte Verteidiger verhindert oder erklärt er sich nicht zur Frage, seiner schnellen Verfügbarkeit, ist der an nächster Stelle aufgeführte Rechtsanwalt zu bestellen.

b) Tatsächliche Möglichkeit zur Mitwirkung (§ 142 Abs. 3 und 4 StPO-E)

Bei der Auswahl des zu bestellenden Verteidigers trägt § 142 Abs. 3 und 4 StPO-E zwei unterschiedlichen Konstellationen Rechnung: Abs. 3 regelt den Fall der Bestellung eines von dem Beschuldigten bezeichneten Verteidigers, Abs. 4 die Fälle, in denen der Beschuldigte keinen ihm zu bestellenden Verteidiger bezeichnet. Der Bestellung eines von dem Beschuldigten bezeichneten Verteidigers soll dann ein wichtiger Grund entgegenstehen, „wenn der (bezeichnete) Verteidiger nicht oder nicht rechtzeitig zur Verfügung steht“ (§ 142 Abs. 3 S. 3 StPO-E). Damit soll die Anwesenheit eines Verteidigers in den Fällen der Vernehmung, der Gegenüberstellung oder der Vorführung sichergestellt werden, weil diese Handlungen „seine Mitwirkung erforderlich“ machen (Entwurfsbegründung Teil B, Zu § 142 Abs. 3 - S. 40).

Aus Gründen der redaktionellen Klarstellung ist auch in § 142 Abs. 4 StPO-E eine entsprechende Präzisierung vorzunehmen. Denn dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit der Mitwirkung des zu be-

stellenden Verteidigers ist auch in den Fällen Rechnung zu tragen, in denen die Bestellung aus dem Kreis der dort bezeichneten Rechtsanwälte erfolgt. Dementsprechend ist § 142 Abs. 4 StPO-E dahin zu ergänzen, dass (ausschließlich) ein rechtzeitig zur Verfügung stehender Verteidiger zu bestellen ist.

7. Zum Rechtsbeistand für „Verdächtige“

Nach Art. 2 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 1 RL ist auch sog. Verdächtigen Prozesskostenhilfe zu bewilligen, insbesondere wenn sie „während der Befragung durch die Polizei oder eine andere Strafverfolgungsbehörde zu Verdächtigen werden“ (Art. 2 Abs. 3 RL). Dies bezieht sich auf die Situation einer Zeugenvernehmung, in deren Verlauf der Zeuge zum Verdächtigen wird und er nunmehr das Recht hat, „sich nicht selbst belasten zu müssen und die Aussage zu verweigern“ (Erwägungsgrund 10 der RL). In dieser Situation ist die Befragung unverzüglich zu unterbrechen und dem Verdächtigen die Gelegenheit zu geben, seine Beistandsrechte unverzüglich in Anspruch zu nehmen (Erwägungsgrund 10 der RL). Hierzu enthält der Referentenentwurf keine Regelung. Es bedarf deshalb einer Vorschrift, wonach unter der Voraussetzung, dass bei einem Beschuldigten ein Fall notwendiger Verteidigung (§ 140 StPO-E) anzunehmen wäre, auch dem Verdächtigen ein Rechtsanwalt als Rechtsbeistand zu bestellen ist. In § 68b Abs. 2 könnte im Anschluss an Satz 1 eine Regelung eingefügt werden, die wie folgt lauten könnte:

„Die Vernehmung ist spätestens zu unterbrechen und dem Zeugen ein Beistand beizuordnen, sobald er nach § 55 Absatz 1 dahin belehrt wird, dass er die Auskunft auf solche Fragen verweigern darf, deren Beantwortung ihm selbst die Gefahr zuziehen würde, wegen einer Straftat i.S.d. § 140 Absatz 1 Nummer 2 oder Nummer 3 (StPO-E) verfolgt zu werden.“

8. Zur Schlechterstellung von Pflichtverteidigern in § 141 Abs. 3 StPO-E

Der Referentenentwurf überrascht in § 141 Abs. 3 StPO-E mit – im Zusammenhang mit der Bestellung eines Pflichtverteidigers völlig sachfremden – Ausnahmen zur sonst zwingenden unverzüglichen Beordnung des Pflichtverteidigers, welche die Richtlinie nur theoretisch erlaubt, nämlich wenn auch der Zugang zum Wahlverteidiger mit den gleichen Gründen nach nationalem Recht ausnahmsweise eingeschränkt werden könnte. Solche Ausnahmen kennt das deutsche Recht grundsätzlich und aus guten Gründen nicht (§ 137 StPO). Deswegen formuliert auch § 141 Abs. 3 S. 2 StPO-E klarstellend, dass das allgemeine Recht auf Zugang zum Rechtsbeistand „unberührt“ bleibt, was für einen mittellosen Beschuldigten – entgegen der zentralen Zielsetzung der Richtlinie (Art. 4 Abs. 1 RL) – geradezu zynisch wäre. Deutschland hat nicht von der theoretischen Möglichkeit Gebrauch gemacht, entsprechend Art. 3 Abs. 6 RL 2013/48/EU das allgemeine Recht auf Zugang zum Rechtsbeistand einzuschränken (vgl. dazu auch die Erwägungsgründe RL 2013/48/EU 31 und 32, die verdeutlichen, dass solche Einschränkungen im Zusammenhang mit dem Vorgang der Bestellung eines Pflichtverteidigers völlig sachfremd wären; vgl. S. 36 f. RefE). Folglich sind solche Ausnahmen europarechtlich auch nicht für den Pflichtverteidiger zulässig. Entsprechend formuliert die PKH-Richtlinie in Erwägungsgrund 9 ausdrücklich, dass diesbezüglich Ausnahmen nur möglich wären, „wenn Mitgliedsstaaten ... Ausnahmen nach Art. 3 Abs. 5 und 6 der Richtlinie 2013/48/EU anwenden“. Dies ist in Deutschland nicht der Fall; § 141 Abs. 3 StPO-E ist ersatzlos zu streichen.

9. Zur Qualität der notwendigen Verteidigung

Art. 7 der EU-Richtlinie 1919/2016 verpflichtet die Mitgliedstaaten, die erforderlichen Maßnahmen – auch finanzieller Art – zur Sicherstellung angemessener Qualität der mit der PKH (= notwendige Verteidigung) verbundenen Dienstleistungen zu ergreifen. Die Entwurfsbegründung betont denn auch die Notwendigkeit der Sicherung der Qualität der Pflichtverteidigung (S. 3) und die Notwendigkeit der Angemessenheit der Qualität der Dienstleistung, um die Fairness des Verfahrens zu wahren (S. 23).

Eine Unterscheidung danach, ob der Beschuldigte den (notwendigen) Verteidiger selbst benannt hat oder nicht, enthält die Richtlinie nicht. Es ist deshalb davon auszugehen, dass eine Ungleichbehandlung unzulässig ist. Der nationale Gesetzgeber hat daher in allen Fällen notwendiger Verteidigung eine „angemessene Qualität“ des Dienstleisters (Rechtsanwalts) sicherzustellen.

a) Betrachtung der Fallgruppen

Die Vorgaben der Richtlinie zur Sicherstellung einer angemessenen Qualität der notwendigen Verteidigung (oben I.4.) sind im Hinblick auf folgende Konstellationen zu betrachten, unter denen es im Falle notwendiger Verteidigung zur Beordnung eines Pflichtverteidigers kommen kann:

(1) Der Beschuldigte (bzw. Angeschuldigte; § 141 Abs. 1 Nr. 3 StPO-E) stellt einen Antrag auf Beordnung und benennt, gleichviel, ob ohne oder nach entsprechender Anhörung (§ 142 Abs. 3 StPO-E), den Verteidiger, dessen Beordnung er wünscht;

(2) der Beschuldigte stellt einen Antrag, ohne einen konkreten Verteidiger zu benennen und benennt auch keinen nach Anhörung;

(3) der Beschuldigte stellt keinen Antrag.

Zu (1): Benennung durch den Beschuldigten

Im Fall des benannten Verteidigers besteht ein grds. Anspruch des Beschuldigten („... ist zu bestellen ...“) auf Beordnung des von ihm bezeichneten Verteidigers. Dem Richter steht kein Auswahlermessen mehr zu. Er hat nur noch zu prüfen, ob ein wichtiger Grund der Beordnung des bezeichneten Verteidigers entgegensteht. Diese Einschränkung entspricht der geltenden Regelung in § 142 Abs. S. 2 StPO, und es ist davon auszugehen, dass die zur bisherigen Regelung entwickelte Rechtsprechung zur Konkretisierung des „wichtigen Grundes“ weiter gelten soll und gelten wird. Dafür spricht neben dem identischen Wortlaut die Nennung von zeitlichen Verhinderungen im RefE: Sie sind schon nach bisheriger Rechtsprechung prinzipiell als „wichtiger Grund“ anerkannt.

Unter dieser Prämisse liegt es eher fern, dass die fehlende Qualifikation des Verteidigers als wichtiger Grund anerkannt werden würde – selbst dann nicht, wenn aus objektiver Sicht die Wahl eines Spezialisten naheliegt (vgl. MK-StPO/Thomas/Kämpfer, § 142 Rn. 13; die Entscheidung KG StV 2009, 572 [„unzureichende Kenntnisse der StPO“] ist vereinzelt geblieben), denn:

(1) Der Richter hat schon nach bisheriger Rechtslage nicht zu prüfen, ob die (zu erwartende) Tätigkeit des bezeichneten Verteidigers sachlich im wohlverstandenen Interesse des Beschuldigten liegt.

(2) Auch die Entwurfsbegründung geht davon aus, dass der vom beschuldigten bezeichnete Verteidiger unabhängig von dessen besonderer Qualifikation zu bestellen ist (S. 23 und S. 39). Es ist in die-

sem Zusammenhang jedoch ein innerer Widerspruch nicht zu übersehen: Nach 143a Abs. 2 StPO-E darf der Richter den Verteidiger von Amts wegen austauschen, wenn der zunächst bestellte keine angemessene Verteidigung gewährleistet. Zur Sicherung der Qualität ist also ein staatliches (richterliches) Eingreifen vorgesehen, aber erst dann, wenn sich schwere Verteidigungsfehler gezeigt haben.

(3) Schließlich kommt noch das systematische Argument hinzu, dass sich aus den unterschiedlichen Formulierungen in § 142 Abs. 3 („wichtiger Grund“) und Abs. 4 („nicht geeignet“) gewinnen lässt: Es geht um zweierlei Dinge.

(4) Des Weiteren stellt sich die Frage, inwieweit eine Qualitätssicherung durch prozessuale Fremdkontrolle aufgrund eines unbestimmten Rechtsbegriffs wie dem des „wichtigen Grundes“ verfassungsrechtlich legitimiert werden könnte (ausf. Barton, Mindeststandards der Verteidigung [1994], S. 79 ff.).

(5) Abgesehen davon besteht das kaum zu lösende Problem, anhand welcher objektiv nachvollziehbaren Kriterien die fehlende Qualifikation im (zukünftigen) Mandat vom Richter festgestellt werden soll.

Zwischenfazit: Indem einem Beschuldigten durch § 142 Abs. 3 S. 2 StPO-E das Recht eingeräumt wird, mit Blick auf die (für sich betrachtet: unbestreitbare) Bedeutung des Vertrauens jeden zugelassenen Rechtsanwalt zu bezeichnen, der ihm dann (da die Einschränkungen, die das Tatbestandsmerkmal des „wichtigen Grundes“ bietet, neben dem Bedenken der Fremdkontrolle mindestens zu vage sind) unabhängig von einer besonderen Qualifikation als Verteidiger zu bestellen ist, verfehlt die Regelung im StPO-E das von der EU-Richtlinie 1919/2016 verbindlich vorgegebene Ziel, die Qualität der Pflichtverteidigung zu sichern. Schlichte Bezeichnung – sie setzt nicht einmal Vertrauen heraus; die Motive, einen bestimmten Rechtsanwalt zu bezeichnen, können auch andere sein - ist kein Qualitätsmerkmal.

Diese Position wird allerdings nicht von allen Rechtsanwaltskammern geteilt. Die RAK Berlin hält eine Einschränkung der Wahlfreiheit des Beschuldigten für verfassungsrechtlich problematisch und folgt insoweit dem RefE des BMJV. Der Benennungswunsch des Beschuldigten habe absoluten Vorrang vor Qualitätsanforderungen, weil er dem Recht auf freie Anwaltswahl entspringt. Eine Beschränkung der freien Anwaltswahl gegen den Wunsch des Beschuldigten sei weder erforderlich noch geeignet oder verhältnismäßig. Wenn der Beschuldigte ein langjähriges Vertrauensverhältnis zu seinem Anwalt hat oder dieser besonders engagiert ist, sei nicht erkennbar, dass theoretisch festgelegte Fortbildungsmaßnahmen erforderlich seien, um die Qualität der Verteidigung zu gewährleisten. Die freie unreglementierte Anwaltswahl des Beschuldigten habe stets Vorrang. Nur wenn der Beschuldigte keinen Vertrauensanwalt benenne, könnten an die Bestellung eines Verteidigers Qualitätsanforderungen geknüpft werden.

Zu (2): Keine Benennung durch den Beschuldigten

(1) Benennt der Beschuldigte keinen Verteidiger, kommt dem Richter nach dem RefE ein Auswahlermessen zu, das eine gewisse Einschränkung durch die vorgeschriebene Auswahl aus dem Kreis der Fachanwälte für Strafrecht bzw. derjenigen Rechtsanwälte, die ihr Interesse erklärt haben, erfährt. In dieser listenmäßigen Beschränkung liegt der einzige Unterschied zur heutigen Rechtslage, die dem Richter bei Auswahl und Bestellung so gut wie völlig freie Hand lässt. Die notwendige angemessene Qualität soll dadurch gesichert werden, dass zum einen nur Fachanwälte für Strafrecht in das Verzeichnis aufgenommen werden können; das entspricht gewiss den Qualitätsanforderungen der Richtlinie. Problematisch ist die Alternative: Rechtsanwälte, die gegenüber der Rechtsanwaltskammer ihr Interesse an der Übernahme von Pflichtverteidigungen angezeigt haben. Es liegt auf der Hand, dass über dieses flache Tatbestandsmerkmal Rechtsanwälte Zugang zum Verzeichnis erhalten, deren spe-

zifisch strafrechtliche Qualifikation nicht im Geringsten gewährleistet ist. Auch dem strafrechtlich völlig Unbedarften ist es über die zweite Alternative des § 142 Abs. 4 S. 1 StPO-E ein Leichtes, in den Kreis derer aufgenommen zu werden, der nach Wortlaut und Geist der Richtlinie strafrechtlich qualifizierten Rechtsanwältinnen vorbehalten ist.

Das ist systematisch nicht schlüssig: Aus der Verknüpfung mit unstreitig i.S.d. Richtlinie qualifizierten Fachanwältinnen für Strafrecht („oder“) ergibt sich, dass der alternative Personenkreis von ähnlicher Güte sein muss. Rechtsprechung und Literatur leiten solche „Entsprechungsanforderungen“ allenthalben her. Im materiellen Strafrecht etwa bei §§ 20, 21 StGB: Die tiefgreifende Bewusstseinsstörung kann jedermann ereilen, setzt also anders als die anderen in § 20 StGB genannten Umstände keine geistige Erkrankung voraus. Doch wird aus dem systematischen Zusammenhang abgeleitet, dass nur Bewusstseinsstörungen (namentlich Affekte) erfasst sein sollen, die in ihrer Schwere den anderen (krankhaften) Störungen entsprechen. Bei § 121 StPO ist allgemein anerkannt, dass sich die Auslegung des dort genannten unspezifischen anderen „wichtigen Grundes“ an den vorangestellten Merkmalen der besonderen Schwierigkeit bzw. des Umfangs der Ermittlungen zu orientieren hat.

Es ist evident, dass allein die Interessensbekundung keine Gewähr dafür liefert, dass es sich bei dem Interessierten um eine Person handelt, die im Hinblick auf ihre strafrechtliche Kompetenz mit einem Fachanwalt für Strafrecht vergleichbar ist. Soweit in der Entwurfsbegründung zu § 142 Abs. 4 StPO-E (S. 40) darauf verwiesen wird, dass die in Rede stehende Interessensbekundung den „besonderen fachlichen Bezug zur Strafverteidigung und Bereitschaft, sich gerade auch durch eine verstärkte forensische Tätigkeit laufend fortzubilden“ zum Ausdruck bringe, ist dies nicht mehr als die Hoffnung auf Qualität, nicht aber deren „Sicherstellung“, wie sie Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie verlangt.

(2) Die Aufnahme in das Verzeichnis bedeutet allerdings nicht die zwingende Beiordnung eines strafrechtlich Unbedarften, der qua Interessensbekundung in das Verzeichnis aufgenommen wurde. Vielmehr enthält der RefE mit dem unbestimmten Rechtsbegriff, dass der sein Interesse an der Übernahme von Pflichtverteidigungen Bekundende im konkreten Fall „... für die Übernahme der Verteidigung geeignet“ sein muss, ein Korrektiv. Mit diesem Merkmal verbinden sich jedoch mehrere Probleme:

Das Verhältnis zum „wichtigen Grund“ in § 142 Abs. 3 StPO-E wird man noch dahin auflösen können (und müssen; s.o. zu den systematischen wie geschichtlichen [Entwurfsbegründungen]), dass sich die Ungeeignetheit in § 142 Abs. 4 StPO-E allein aus spezifisch strafrechtlich qualitativer Perspektive ergeben muss. Ein solch abstrakter Rahmen bietet aber keine Gewähr im Sinne der gebotenen „Sicherstellung“ angemessener Qualität. Der subjektive Anteil an der richterlichen Einschätzung der „(Un-)Geeignetheit“ entzieht die Beiordnungsentscheidung faktisch jedweder Kontrolle, zumal der RefE nicht vorsieht, dass der Richter die Gründe, auf denen seine Entscheidung maßgeblich fußt, aktenkundig zu machen wären – eine diesem Gedanken entsprechende Regelung enthält bspw. § 54 Abs. 3 S. 2 GVG, wonach der Vorsitzende die Gründe, die zur Befreiung eines Schöffen von seiner Dienstleistung aktenkundig zu machen sind. Die Entscheidung ist zwar nicht anfechtbar, führt aber immerhin dazu, dass sich Vorsitzende i.S. einer Eigenkontrolle Klarheit über die Gründe seiner Entscheidung verschaffen muss. Dennoch griffe eine Dokumentationspflicht nach einem Maßstab praktischer Lebenserfahrung zu kurz: Um sich nicht über die Dokumentation – wenn auch nicht rechtlich – angreifbar zu machen (der für ungeeignet Erklärte könnte sich rechtswidrig behandelt fühlen und insistieren), ist damit zu rechnen, dass das Verdikt der Ungeeignetheit eher nicht ausgesprochen wird und so am Ende der Ungeeignete doch beigeordnet wird.

Zudem birgt das Kriterium der Geeignetheit aufgrund seiner Weichheit Missbrauchsgefahren. Mit diesem Argument ist kein generelles Misstrauen verbunden. Doch die Intransparenz der Auswahlentscheidung nährt es. Zudem liegt es nicht zuletzt im Interesse der Justiz, jedweden Verdacht zu vermeiden, die Auswahlentscheidung könne maßgeblich von anderen Überlegungen beeinflusst sein als

dem des Interesses des Beschuldigten. Zugespitzt werden diese Bedenken in den Eilfällen des § 142 Abs. 2 StPO-E, in denen die Staatsanwaltschaft über die Bestellung entscheidet. Es liegt nicht fern, dass der Entscheider einen Verteidiger bestellt, von dem er annimmt oder gar weiß, dass er einer vornehmlich auf Beschleunigung und Erledigung ausgerichteten Ermittlung keine Schwierigkeiten bereiten wird.

Schließlich ist die Regelung erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt: Das Merkmal einer von formalen Kriterien losgelösten Geeignetheit dürfte kaum mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar sein.

(3) Zwischenfazit: Die im RefE vorgesehene Regelung entspricht nicht den Erfordernissen aus Art. 7 der EU-Richtlinie 1919/2016. Darüber hinaus stellt es einen argumentativen Bruch dar, wenn in den Fällen, in denen nach § 142 Abs. 4 StPO-E seitens des zuständigen Gerichts eine Auswahl zu treffen ist, auf Fachanwälte für Strafrecht und solche Rechtsanwälte zugegriffen werden soll, die „für die Übernahme der Verteidigung geeignet“ sind, andererseits das Fehlen einer solchen Qualifikation in den Fällen des § 142 Abs. 3 StPO-E keinen wichtigen Grund darstellen soll, um von der Bestellung des von dem Beschuldigten bezeichneten Verteidigers abzuweichen (s.o.).

b) Folgerungen

Die obigen Befunde zeigen, dass die vorgeschlagenen Regelungen der Modifikation bzw. Ergänzung im Sinne formalisierter Voraussetzungen bedürfen.

(1) Im Falle des § 142 Abs. 4 StPO-E könnte die notwendige Ergänzung etwa wie folgt lauten:

*„Wird dem Beschuldigten ein Pflichtverteidiger bestellt, den er nicht bezeichnet hat, so ist aus den im Gesamtverzeichnis der Bundesrechtsanwaltskammer (§ 31 BRAO) eingetragenen Rechtsanwälten entweder ein Fachanwalt für Strafrecht oder ein anderer Rechtsanwalt, der gegenüber der Rechtsanwaltskammer sein Interesse an der Übernahme von Pflichtverteidigungen angezeigt hat **und die Teilnahme an einer mindestens 15-stündigen Weiterbildungsmaßnahme auf dem Gebiet der mit der Pflichtverteidigung verbundenen Dienstleistung nachgewiesen hat.**“*

Man könnte daran denken, der „Teilnahme“ das Wort „erfolgreiche“ voranzustellen. Doch würde das Durchführung und Bestehen einer Prüfung implizieren. Eine solche erscheint nicht unbedingt erforderlich.

(2) Wegen des Systembruchs (der vom Beschuldigte bezeichnete Verteidiger muss nach dem RefE nicht qualifiziert sein; s.o.) wäre idealerweise auch § 142 Abs. 3 StPO-E in diesem Sinne zu ändern. Doch besteht insoweit ein unübersehbares Spannungsverhältnis zur Subjektstellung des Beschuldigten. Andererseits dürfen nach der Richtlinie nur spezifisch qualifizierte Rechtsanwälte beigeordnet werden. Beide Aspekte sind im Wege praktischer Konkordanz angemessen zum Ausgleich zu bringen:

(2.1) Gegen die regelmäßige Bestellung eines zusätzlichen Sicherungsvertheidigers sprechen Kostengründe.

(2.2) Es bedarf daher notgedrungen einer gewissen Einschränkung der Wahlfreiheit des Beschuldigten in Bezug auf die Bestellung seines Pflichtverteidigers: Der von ihm bezeichnete Verteidiger muss ein Fachanwalt für Strafrecht sein oder zu denen gehören, die in der bei den Rechtsanwaltskammern geführten Liste geführt werden. Das sind dann nur die Rechtsanwälte, die zuvor gegenüber der Rechtsanwaltskammer ihr Interesse an der Übernahme von Pflichtverteidigungen angezeigt und an

einer mindestens 15-stündigen Weiterbildungsmaßnahme auf dem Gebiet der mit der Pflichtverteidigung verbundenen Dienstleistung teilgenommen haben.

(2.3) Die Weiterbildung muss verpflichtend sein und die aktuellen Entwicklungen in Rechtsprechung und Literatur aufgreifen. Es bietet sich an, in § 43a BRAO, der in Abs. 6 die generelle Fortbildungspflicht normiert, einen Abs. 7 einzufügen:

„Rechtsanwälte, die gegenüber der für sie zuständigen Rechtsanwaltskammer Interesse an der Übernahme von Pflichtverteidigungen anzeigen (§ 142 Abs. 3 und 4 StPO), sind verpflichtet, die Teilnahme an einer mindestens 15-stündigen Weiterbildung auf dem Gebiet der mit der Pflichtverteidigung verbundenen Dienstleistung nachzuweisen. Sie müssen alle zwei Kalenderjahre hörend oder dozierend an einer fünf Zeitstunden nicht unterschreitenden fachspezifischen Veranstaltung teilnehmen. Die Erfüllung der Fortbildungspflicht ist der Rechtsanwaltskammer durch Bescheinigungen oder andere geeignete Unterlagen unaufgefordert nachzuweisen.“

(2.4) Eine solche Regelung wäre sowohl mit Art. 3 Abs. 1 GG also auch Art. 6 Abs. 3 lit. c.) EMRK vereinbar:

Art. 3 Abs. 1 GG enthält kein Gebot unterschiedsloser Gleichbehandlung, sondern lediglich ein Angleichungsgebot. In Bezug auf den begüterten Beschuldigten stellt die Gewährung von Prozesskostenhilfe (= notwendige Verteidigung) die geforderte Angleichung dar. Im Vergleich zu dem Beschuldigten, der keinen Verteidiger bezeichnet, wird er im Ergebnis gleich behandelt. Diese Gleichbehandlung rechtfertigt sich durch das klare Qualitätserfordernis der umzusetzenden Richtlinie. Auch sonst ist anerkannt, dass vom Wunsch des Beschuldigten unter bestimmten Voraussetzungen abgewichen werden kann („wichtiger Grund“; siehe auch S. 18 Begründung), ohne dass dagegen durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken erhoben würden.

Art. 6 Abs. 3 lit. c.) EMRK verlangt schon nach seinem Wortlaut nicht, dass ihm im Falle der Pflichtverteidigung immer der Rechtsanwalt beizuordnen ist, der vom Beschuldigten bezeichnet wurde. Es gilt das vorstehend Gesagte entsprechend: Es ist anerkannt, dass vom Wunsch des Beschuldigten unter bestimmten Voraussetzungen abgewichen werden kann (hier: Gebot der Qualitätssicherung), ohne dass darin ein Verstoß gegen die EMRK gesehen würde. Im Übrigen spricht die Existenz der Richtlinie für ihre Vereinbarkeit mit der EMRK, denn es ist nicht anzunehmen, dass von den Mitgliedstaaten die Umsetzung einer Richtlinie gefordert wird, gegen die durchgreifende Bedenken im Hinblick auf die EMRK bestehen.

(3) § 142 Abs. 3 StPO-E könnte nach allem wie folgt lauten:

„Ein von dem Beschuldigten innerhalb der Frist bezeichneter Verteidiger ist zu bestellen, sofern er

1. die Zusatzbezeichnung Fachanwalt für Strafrecht zu führen berechtigt ist oder

2. zu den Rechtsanwälten zählt, der gegenüber der Rechtsanwaltskammer ihr Interesse an der Übernahme von Pflichtverteidigungen angezeigt und die Teilnahme an einer mindestens 15-stündigen Weiterbildungsmaßnahme auf dem Gebiet der mit der Pflichtverteidigung verbundenen Dienstleistung nachgewiesen haben und

der Beiordnung kein wichtiger Grund entgegensteht; ein wichtiger Grund liegt auch vor, wenn der Verteidiger nicht oder nicht rechtzeitig zur Verfügung steht.“

Folgt man der Auffassung, wonach der Bestellungswunsch des Beschuldigten absoluten Vorrang vor Qualitätsanforderungen hat, kann die derzeitige Formulierung des § 142 Abs. 3 Satz 3 StPO-E beibehalten werden.

(4) Änderungen der BRAO und der Rechtsanwaltsverzeichnis- und –postfachVO

(4.1) Der Entwurf bindet die Anwaltschaft in notwendiger und zumutbarer Weise ein, indem § 142 Abs. 4 StPO-E auf die im Gesamtverzeichnis der BRAK eingetragenen Fachanwälte für Strafrecht und solche Rechtsanwälte Bezug nimmt, die ihr Interesse an der Übernahme von Pflichtverteidigern bekundet haben. Aus den dargelegten Gründen, die zur Sicherung der Qualität verpflichten, sind an die im Entwurf vorgesehene Ergänzung des § 31 BRAO durch eine neue Nummer 10 („... ein von dem Rechtsanwalt angezeigtes Interesse an der Übernahme von Pflichtverteidigungen“) die Worte „und die Teilnahme an einer mindestens 15-stündigen Weiterbildungsmaßnahme auf dem Gebiet der mit der Pflichtverteidigung verbundenen Dienstleistung nachgewiesen haben“ anzufügen. Die RAVerzPfVO ist entsprechend zu ändern (Art. 3 des Entwurfes).

(4.2) Der RefE des BMJV sieht jedoch keine Listen der RAKn vor, auf denen sich zur Übernahme von Pflichtverteidigungen bereite Rechtsanwältinnen oder Rechtsanwälte eintragen lassen können, sondern vielmehr einen Eintrag in das Bundesrechtsanwaltsverzeichnis (BRAV) durch einen neuen § 31 Nr. 10 BRAO-E. Damit wird nicht nur für den einen Pflichtverteidiger bestellenden Richter die Suchfunktion z.B. „RAe in Berlin, die zur Übernahme von Pflichtverteidigungen bereit sind“ eröffnet, sondern zwangsläufig auch eine Suchfunktion für die Werbewirtschaft, die mit dieser Suchfunktion zumindest alle zur Übernahme von Pflichtverteidigungen bereiten RAe in einem Kammerbezirk anschreiben könnte. Artikel 3 RefE sieht eine Änderung der Rechtsanwaltsverzeichnis- und -postfachverordnung (RAVPV) vor, wonach in § 7 Abs. 1 RAVPV (Suchfunktion) eine neue Nr. 7 eingefügt werden soll: „Interesse an der Übernahme von Pflichtverteidigungen“. § 7 Abs. 2 RAVPV, der eine Beschränkung der Suchfunktion erlaubt, wenn mehr als 50 Treffer zu erwarten sind, soll gestrichen werden. Der Sicherheitscode nach § 7 Abs. 3 RAVPV (künftig § 7 Abs. 2 RAVPV-RefE) könnte dann nicht mehr verhindern, dass das BRAV auch für Werbebriefe missbraucht werden könnte. Diese Gefahr muss man abwägen mit den Schnelligkeitsvorteilen, die ein Zugriff über das BRAV auf die für die Übernahme von Pflichtverteidigungen bereiten RAen bringen würde.

Die BRAK hält eine solche - wenn auch eingeschränkte – Suchfunktion für problematisch, zumal die bisherige BRAV-Konzeption die eines Nachweisregisters ist. Eingetragen werden nur Fakten, nicht aber Willensbekundungen. Außerdem könnte dann weiteren Berufsgruppen innerhalb der Anwaltschaft nicht mehr verwehrt werden, auch ihre Interessenschwerpunkte in das BRAV aufzunehmen (Betreuer, Insolvenzverwalter, Mediatoren etc.).

Die BRAK ist deshalb der Auffassung, dass das BRAV von solchen subjektiven Interessenbekundungen freigehalten werden sollte und ausschließlich objektive „amtliche“ Feststellungen wiedergeben sollte. Vorzugswürdig sind separate elektronische rollierende Pflichtverteidigerlisten, die separat vom BRAV ebenfalls elektronisch geführt werden müssten und bei denen ein einmal ausgewählter Pflichtverteidiger automatisch ans Ende der Liste gesetzt wird.

Insofern ist eine rollierende verbindliche Liste erforderlich, auf die das Gericht zurückgreifen muss. Die Ausgestaltung der Liste sollte den Kammern überlassen werden, z.B. durch die Möglichkeit, die Übernahmebereitschaft für Pflichtverteidigungen auf bestimmte Strafrechtsgebiete zu beschränken oder besondere Sprachkenntnisse einzutragen. Wegen der notwendigen Erreichbarkeit und Eilbedürftigkeit ist es jedoch zwingend, dass es eine Art rollierende Zuständigkeit geben muss. Beispielsweise müssten sich 30 Verteidiger und Verteidigerinnen für eine Woche zur Verfügung stellen und ihre Erreichbarkeit sichern. Die Rechtsanwaltskammer hat diese Liste wöchentlich zu erstellen, die Verteidiger

und Verteidigerinnen zu benachrichtigen und den Gerichten diese Liste zu übermitteln. In dieser Woche darf ausschließlich auf die in der Liste genannten Verteidiger und Verteidigerinnen zurückgegriffen werden. Sie müssen der Reihe nach angerufen werden.

10. Pflichtverteidigerwechsel

Es ist zu begrüßen, dass § 143a StPO-E die Voraussetzungen für den Wechsel des Pflichtverteidigers ausdrücklich normiert. Dabei geht es zum einen um die Umsetzung der RL, die in Art. 7 Abs. 4 vorsieht, dass beschuldigte und gesuchte Personen auf entsprechenden Antrag das Recht haben, den Rechtsbeistand, der ihnen für die Erbringung der Dienstleistungen im Rahmen der notwendigen Verteidigung zugewiesen wurden, auswechseln zu lassen, sofern die konkreten Umstände dies rechtfertigen (vgl. auch S. 44 Entwurfsbegründung). Zum anderen soll dabei die bisherige fachgerichtliche Rechtsprechung in Gesetzesform übertragen werden. Dies geschieht aber nur unvollständig. Die in der Rechtsprechung weitgehend anerkannte Auswechslung des Pflichtverteidigers zwischen den Instanzen und nach Rechtskraft (z. B. Wiederaufnahmeverfahren) ist unregelmäßig geblieben.

Eine entsprechende weitere Alternative ist in § 143a Abs. 2 S. 2 StPO-E aufzunehmen, etwa:

„... wenn der Wechsel zwischen zwei Instanzen oder nach Rechtskraft zur Durchführung eines Wiederaufnahmeverfahrens beantragt wird, wenn das Vertrauensverhältnis ...“.

Der Entwurf schlägt weiter vor, dass für den Fall, dass dem Beschuldigten ein staatlich ausgewählter Verteidiger bestellt wurde, er ebenso wie in der Konstellation, in welchen er in Eilfällen nach lediglich kurzer Fristsetzung eine Benennung vornahm, ihm Gelegenheit zur Auswechslung auf entsprechenden Antrag gegeben werden muss. Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen.

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

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

11. Rechtsschutz

In Umsetzung von Art. 8 RL sehen §§ 142 Abs. 5, 143 Abs. 2 und 143a Abs. 3 StPO-E Rechtsschutz in Form einer sofortigen Beschwerde vor. Demnach steht dem Beschuldigten nur eine Woche nach Bekanntmachung der Entscheidung (§ 311 Abs. 2 StPO) zur Verfügung. Dieser Zeitraum ist angesichts der praktischen Schwierigkeiten, denen der Beschuldigte gegenübersteht, zu knapp: Oft wird er sich nicht in Freiheit befinden. Die Kontaktaufnahme zu einem anderen Verteidiger, der sich noch eine Besuchserlaubnis beschaffen muss und oft aus Zeitgründen nicht sofort kommen können, und

die Entscheidung, mit ihm „weiterzumachen“, die regelmäßig auch noch eine wenigstens kurze Bedenkzeit erfordert und die Einlegung wie Begründung des Rechtsmittels – das alles ist nach einem Maßstab praktischer Lebenserfahrung nicht innerhalb einer Woche zu schaffen, erst recht nicht, wenn in die betreffende Woche auch noch ein Feiertag mit anschließendem sog. Brückentag fällt. Die Frist sollte daher nach dem Vorbild des § 410 Abs. 1 zwei Wochen betragen. Ansonsten läuft der zwingend zur Verfügung zu stellende Rechtsschutz Gefahr, weitestgehend ineffektiv zu werden und papieren zu bleiben. Die rechtsstaatliche Qualität eines Strafverfahrens erschließt sich aber weniger aus dem Bestand an geschriebenen Rechten als aus der Möglichkeit, sie effektiv zu nutzen. Dem Geist eines „Paktes für den Rechtsstaat“ widerspricht eine nur einwöchige Frist.

12. Zum Pflichtbeistand im Auslieferungsrecht

Die im Referentenentwurf vorgeschlagenen Regelungen verdienen überwiegend Zustimmung. Kritikwürdig sind indes Aspekte der Belehrung und der notwendigen Rechtsbeistandschaft bei „ausgehenden“ Europäischen Haftbefehlsverfahren sowie bei Europäischen Haftbefehlen, die zur Strafvollstreckung ausgestellt wurden.

a) Belehrung

Es fehlen indessen angemessene Vorschriften für die Gewährung des Rechts auf Information (Belehrung) der verfolgten Person, die durch die Polizei (vorläufig) festgenommen werden. In diesem Kontext ist die RL 2013/48/EU maßgeblich (vgl. Art. 10 Abs. 2 a „das Recht auf Zugang zum Rechtsbeistand ... unverzüglich ab dem Entzug der Freiheit“). Grundsätzlich lässt der Referentenentwurf vermissen, dass der Verfolgte in Auslieferungs- oder Überstellungsverfahren umfassend – auch ohne Durchführung einer Vernehmung (vgl. § 136 StPO) – seitens der Polizei zu belehren ist (vgl. §§ 19 ff. IRG). Trotz des generellen Verweises in § 77 IRG auf die Vorschriften der StPO (hier z.B. § 114 b StPO) wäre hier eine Klarstellung für die Praxis hilfreich.

b) Notwendige Rechtsbeistand im Ausstellungsmitgliedstaat

Gravierenden Bedenken begegnet die vorgelegte Fassung eines neu einzuführenden § 83 j IRG-E. Diese übernimmt die auf Art. 47 EU-Grundrechtecharta beruhende und in Art. 10 Abs. 4 RL 2013/48/EU sowie Art. 5 Abs. 2 PKH-RL übernommene deutsche Formulierung „Zugang zu den Gerichten“. Der Sinn und Zweck dieser primär- und sekundärrechtlichen Vorschriften erschließt sich besser in deren englischen Fassung, die von „access to justice“ (nicht etwa „access to courts“) spricht und diesen Begriff umfassend meint. Zudem ist daran zu erinnern, dass der Rechtsbeistand im Ausstellungsstaat soll „den Rechtsbeistand im Vollstreckungsstaat [...] unterstützen [soll], indem er jenen Rechtsbeistand mit Informationen versorgt und berät, um die Rechte nach dem Rahmenbeschluss 2002/584/JI des Rates wirksam ausüben zu können“ (Art. 10 Abs. 4 RL 2013/48/EU). Dass der Referentenentwurf den Anwendungsbereich gem. § 83 j Abs. 1 Nr. 2 IRG-E im Hinblick auf den „Zugang zu den Gerichten im ersuchten Staat“ einschränkt (S. 13, 56), geht daher zu kurz. Im Sinne einer arbeitsteiligen Strafverfolgung sind vielmehr die Sachgründe für die Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls im Ausstellungsmitgliedstaat anzugreifen. Das unterstreicht, warum die Unterstützung gerade im Ausstellungsmitgliedstaat geboten ist, um Betroffenen Zugang zur effektiven Rechtsausübung und nicht nur formaler Zugang zu den Gerichten zu gewähren.

Wir schlagen daher vor, § 83 j IRG-E wie folgt zu fassen:

„Die Mitwirkung eines Rechtsbeistands ist notwendig, wenn eine aufgrund eines deutschen Ersuchens festgenommene Person ihr Recht auf Benennung eines Rechtsbeistands zur Unterstützung des sie im ersuchten Mitgliedstaat vertretenden Rechtsbeistands wahrnimmt. Die

Mitwirkung bleibt notwendig, bis die Person übergeben wird oder die Überstellung seitens des ersuchten Staates rechtskräftig abgelehnt wird. Erfolgt die Überstellung zur Strafverfolgung, so bleibt die Notwendigkeit der Mitwirkung abweichend von Satz 2 wirksam, bis die überstellte Person wieder in Freiheit gesetzt oder rechtskräftig freigesprochen oder verurteilt wird. Einem nach Überstellung gestellten Antrag auf Auswechslung des beigeordneten Rechtsbeistands ist vor Beginn der Hauptverhandlung zu entsprechen; § 143a StPO bleibt unberührt.“

Satz 1 dieses Vorschlags regelt die Notwendigkeit der Mitwirkung eines Rechtsanwalts in Umsetzung des Art. 5 Abs. 2 RL. Für eine effektive Rechtsausübung (engl.: „effective access to justice“) ist die Unterstützung durch einen Rechtsbeistand im Inland zwingend notwendig, wenn eine Person ihr Recht auf Benennung eines inländischen Rechtsbeistands geltend macht. Die Notwendigkeit der Mitwirkung eines Rechtsbeistands bleibt bei einem Europäischen Haftbefehl zur Strafvollstreckung bis zur Überstellung der Person notwendig. Bei einem Europäischen Haftbefehl zur Strafverfolgung ist die gesuchte Person nach Überstellung aufgrund des vorliegenden inländischen Haftbefehls in Haft, so dass ohnehin nach § 140 Abs. 1 Nr. 5 StPO-E die Mitwirkung eines Verteidigers notwendig ist. Um den Verfahrensablauf zu beschleunigen und eine bürokratische, erneute Beiordnung (ggf. desselben) Verteidigers zu vermeiden, dauert daher die Notwendigkeit der Mitwirkung fort, bis die überstellte Person wieder in Freiheit gesetzt wird oder das Verfahren rechtskräftig abgeschlossen wird. Satz 5 ergänzt die in § 143a StPO-E genannten Möglichkeiten der Übertragung der Verteidigung und begründet sich daraus, dass in der Phase vor und bei der Überstellung einerseits und des sich anschließenden Strafverfahrens andererseits nicht selten eine unterschiedliche Fachkunde des Verteidigers erforderlich ist, so dass zur Sicherung einer angemessenen Qualität der Verteidigung (Art. 7 Abs. 1 lit. b RL) auf Antrag des Beschuldigten die Verteidigung auf einen anderen Verteidiger zu übertragen ist. Um Verzögerungen oder eine Aussetzung der Hauptverhandlung zu vermeiden, ist dieses Antragsrecht auf die Zeit bis zu Beginn der Hauptverhandlung begrenzt.

c) Europäische Haftbefehle zur Strafvollstreckung

Die Praxis der Vollstreckung Europäischer Haftbefehle bestätigt, dass die Unterstützung durch einen Rechtsbeistand im Ausstellungsstaat auch sinnvoll, wenn nicht zwingend sein kann, soweit es um Haftbefehle zur Strafvollstreckung geht, d.h. um rechtskräftige Verurteilungen im Ausstellungsstaat. Entsprechend regelt auch Art. 10 Abs. 4-6 RL 2013/48/EU den Zugang zum Rechtsbeistand im Ausstellungsstaat sowohl bei Europäischen Haftbefehlen zur Strafverfolgung als auch bei solchen zur Strafvollstreckung. Insoweit ist die Einschränkung in Art 5 Abs. 2 der PKH-RL nicht plausibel und nicht im Interesse der Rechtspflege. Denn auch dann ist eine Unterstützung durch einen Rechtsbeistand im Ausstellungsstaat unabdingbar, um z.B. gegen einen Bewährungswiderruf effektiven Rechtsschutz ergreifen zu können, ohne dass es erst einer zeit- und kostenaufwändigen und ggf. der Resozialisierung schädlichen Überstellung mit langwierigem Freiheitsentzug kommen muss. § 83 j IRG-E sollte daher entsprechend erweitert werden.