



Stellungnahme Nr. 9 März 2019

Heraufziehende Gefahren für die europarechtskonforme 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

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

I. Rechtspolitische Ausgangslage

Im Oktober 2016 und damit **vor knapp zweieinhalb Jahren** haben das Europäische Parlament mit überwältigender Mehrheit von 569 von 677 abgegebenen Stimmen¹ und der Rat – mit Zustimmung des deutschen Vertreters und nur gegen die Stimme Polens² – mit der *Richtlinie (EU) 2016/1919 über Prozesskostenhilfe für Verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren sowie für gesuchte Personen in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls*³ einen **zielverbindlichen europäischen Mindeststandard geschaffen**, unter welchen Voraussetzungen einem Beschuldigten im Strafverfahren Prozesskostenhilfe bzw. notwendige Verteidigung zu gewähren ist. Die Richtlinie 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). Hierzu kodifiziert und konsolidiert die Richtlinie die einschlägige **Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR)** und entwickelt diese maßvoll weiter, um eine solide Grundlage für die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zu schaffen.

Inzwischen **drängt die Zeit** zur Umsetzung dieser Richtlinie: Bereits bis zum **25.05.2019** muss der deutsche Gesetzgeber das Recht der notwendigen Verteidigung (§§ 140 ff. StPO, §§ 40, 53, 83j IRG, §§ 31 ff. IStGH) an die klaren und verbindlichen Vorgaben dieser Richtlinie anpassen, die im nationalen Gesetzgebungsverfahren *nicht* zur Disposition stehen und widrigenfalls das **Risiko von Vertragsverletzungsverfahren** gegen Deutschland wegen nicht fristgerechter oder inhaltlich nicht richtlinienkonformer Umsetzung heraufbeschwören. Zur Umsetzung hat das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz bereits im Oktober 2018 einen **Referentenentwurf** (RefE) vorgelegt,⁴ der am bewährten System der notwendigen Verteidigung festhält und die infolge der Richtlinie notwendigen Veränderungen weitestgehend bruchlos in unser System integriert. Zu diesem RefE haben insbesondere die Bundesrechtsanwaltskammer (Stellungnahme Nr. 1/2019),⁵ der Deutsche Anwaltverein (Stellungnahme Nr. 58/2018),⁶ das Organisationsbüro

¹ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+PV+20161004+RES-VOT+DOC+PDF+V0//DE&language=DE> (zuletzt abgerufen, wie alle nachfolgenden URLs, am 28.02.2019).

² Ratsdok.13484/16. Dänemark, das Vereinigte Königreich und Irland haben sich im Einklang mit europäischem Primärrecht nicht an dieser Richtlinie beteiligt und waren daher auch nicht abstimmungsberechtigt.

³ ABl. EU 2016 Nr. L 297 v. 03.11.2016, S. 1.

⁴ https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/notwendige_Verteidigung.html.

⁵ Verfügbar unter <https://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2019/januar/stellungnahme-der-brak-2019-1.pdf>.

⁶ Verfügbar unter https://anwaltverein.de/de/newsroom/sn-58-18-neuregelung-des-rechts-der-notwendigen-verteidigung?file=files/anwaltverein.de/downloads/newsroom/stellungnahmen/2018/dav-sn_58-2018_neuregelung-der-pflichtverteidigung.pdf.

Strafverteidigervereinigungen,⁷ der Deutsche Strafverteidiger e.V.⁸, der Republikanische Anwältinnen- und Anwälteverein e.V.,⁹ der Deutsche Richterbund¹⁰ und die Neue Richtervereinigung¹¹ **öffentlich** und **detailliert Stellung** bezogen und – bei Kritik im Einzelnen, die hier nicht wiederholt werden soll – das Grundanliegen und die Eckpfeiler des RefE begrüßt.

In den vergangenen Wochen wurde von verschiedener **politischer Seite, insbesondere aus den Bundesländern**, weitreichende Kritik am RefE und am System der notwendigen Verteidigung im Ganzen vorgebracht. Dies erfolgte medial über teils emotionalisierende Zeitungsartikel bis hin zur Boulevardpresse vermittelt,¹² zu einem größeren Teil aber abseits der kritischen Öffentlichkeit. Die bislang unterbliebene förmliche Vorlage eines Regierungsentwurfs als Bundesrats- oder Bundestagsdrucksache gibt Anlass zur Sorge, dass diese Fundamentalkritik nicht ohne gravierende Auswirkungen auf den Fortgang des Gesetzgebungsverfahrens zu bleiben droht. Es ist daneben zu befürchten, dass wegen des drohenden Fristablaufs das eigentliche Gesetzgebungsverfahren letztlich in sehr großer Eile betrieben werden wird, ohne dass dann noch vertieft über Streitfragen gesprochen und um Lösungen gerungen werden könnte. Daher nimmt die Bundesrechtsanwaltskammer nachfolgend Stellung zu den drei Hauptkritikpunkten am RefE. Sie verweist im Übrigen auf ihre detaillierte Auseinandersetzung mit dem RefE in ihrer Stellungnahme Nr. 1/2019.¹³

⁷ Verfügbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2018/Downloads/12022018_Stellungnahme_StVV_notwendige-Verteidigung.pdf;jsessionid=729DB502C6BCE5B74D15500D5BCC6030.2_cid297?_blob=publicationFile&v=2.

⁸ Verfügbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2018/Downloads/12122018_Stellungnahme_DStVeV_notwendige-Verteidigung.pdf;jsessionid=729DB502C6BCE5B74D15500D5BCC6030.2_cid297?_blob=publicationFile&v=3.

⁹ Verfügbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2018/Downloads/11302018_Stellungnahme_RAV_notwendige-Verteidigung.pdf;jsessionid=729DB502C6BCE5B74D15500D5BCC6030.2_cid297?_blob=publicationFile&v=2.

¹⁰ Verfügbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2018/Downloads/11012018_Stellungnahme_DRB_notwendige-Verteidigung.pdf;jsessionid=729DB502C6BCE5B74D15500D5BCC6030.2_cid297?_blob=publicationFile&v=2.

¹¹ Verfügbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2018/Downloads/11302018_Stellungnahme_NRV_notwendige-Verteidigung.pdf;jsessionid=729DB502C6BCE5B74D15500D5BCC6030.2_cid297?_blob=publicationFile&v=2.

¹² BILD-Zeitung v. 28.12.2018, verfügbar unter <https://www.bild.de/politik/inland/politik-inland/barley-will-prozesskosten-hilfe-massiv-ausweiten-59241390.bild.html>. Informativer hingegen „Streit über Anwalt ab erster Stunde“, Stuttgarter Zeitung v. 23.01.2019, S. 4; „Ministerin will Prozesskosten-Hilfe massiv ausweiten!“

¹³ Siehe nochmals <https://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2019/januar/stellungnahme-der-brak-2019-1.pdf>.

II. Kein Verzicht auf Notwendiges! – ein „Verzichtsmodell“ bei notwendiger Verteidigung ist europarechtswidrig und schadet den Schwächsten im Rechtsstaat

Die Bundesrechtsanwaltskammer spricht sich entschieden gegen Überlegungen aus,

- die einen „**Verzicht**“ des **Beschuldigten** auf notwendige Verteidigung im Ermittlungsverfahren und insbesondere bei seiner ersten polizeilichen Beschuldigtenvernehmung vorsehen,
- die einen solchen „Verzicht“ als Abwägungskriterium bei der Entscheidung berücksichtigen wollen, ob ein Fall notwendiger Verteidigung vorliegt,
- oder die vorsehen, dass notwendige Verteidigung nur bei einem Antrag des Beschuldigten gewährt werden soll.

1. Spätestens seit der Entscheidung des EGMR vom 27. November 2008 (Salduz vs. Türkei 36391/02) ist es amtlich, wie wichtig und grundlegend und demzufolge notwendig für ein faires Verfahren der frühzeitige Zugang eines Beschuldigten zu seinem Rechtsbeistand ist. Der EGMR erklärt in der berühmten Passage Nr. 55 präzise den – aus Art. 6 EMRK abgeleiteten – zwingenden Regelfall („as a rule“), dass der Zugang zum Rechtsbeistand vor der ersten polizeilichen Vernehmung gewährleistet sein muss („from the first interrogation of a suspect by the police“), ansonsten dürfen entsprechende Vernehmungserkenntnisse („incriminating statements“) ggfs. nicht zur Überführung eines Beschuldigten benutzt werden. Dieses Recht auf Zugang zum Rechtsbeistand, insbesondere in schwereren Fällen („particularly ... in the case of serious charges“, Nr. 54), ist ein Gebot der Waffengleichheit („equality of arms“, vgl. Nr. 53 und 54) und auch essentiell zur Verhinderung von unangemessenen Vernehmungsmethoden und zur nachhaltigen Verhinderung von Justizirrtümern und späteren Fehlurteilen (Nr. 53) im Hinblick auf frühe (falsche) angebliche Geständnisse. Darüber hinaus gewährleistet der Zugang zum Rechtsbeistand insbesondere die angemessene Handhabung des Schweigerechts (Nr. 54). Diese Rechtslage ist durch den EGMR in vielen späteren Entscheidungen bestätigt worden und ist folglich ohnehin geltendes Recht auch in Deutschland (Art. 6 EMRK). Zur Effektuierung dieser Rechtslage hat der europäische Gesetzgeber zusätzlich die Richtlinie (EU) 2013/48 erlassen, deren Effektivität wiederum nunmehr durch die aktuelle Richtlinie (EU) 2016/1919 gewährleistet werden soll. Im Interesse der Strafrechtspflege und für das Vertrauen in die Strafrechtsrechtspflege in allen EU-Mitgliedsstaaten soll der Zugang zum Rechtsbeistand und dessen Anwesenheit schon bei der ersten polizeilichen Vernehmung eines Beschuldigten – zumindest in schwereren Fällen (vgl. § 140 StPO) – möglichst effektiv gewährleistet sein; dies ist die europarechtliche Ausgangslage.

2. Neben diesen grundsätzlichen Erwägungen zur Wirkkraft der Straßburger Rechtsprechung und der bindenden Brüsseler Entscheidung für die Legal Aid-Richtlinie sprechen auch der **Wortlaut und die Systematik der Richtlinie** (EU) 2016/1919 gegen ein – wie auch immer konkret ausgestaltetes – „Verzichtsmodell“. Der verfügende Teil der Richtlinie sieht für den Fall eines „Verzichts“ weder Ausnahmen von der Anwendbarkeit der Richtlinie (Art. 2 RL [EU] 2016/1919) noch eine Veränderung des Prüfungsmaßstabs vor, ob aus materiellen Kriterien Prozesskostenhilfe zu gewähren ist (Art. 4 RL [EU] 2016/1919); als solche Kriterien benennt die Richtlinie – neben Fallgruppen, in denen die materiellen Kriterien als in jedem Fall erfüllt gelten (und daher auch nicht durch einen „Verzicht“ des

Beschuldigten für diesen disponibel sind) – allein die Schwere der Straftat, die Komplexität des Falles und die Schwere der zu erwartenden Strafe.

Lediglich in Erwägungsgrund 9 RL [EU] 2016/1919 findet sich ein Verweis auf den Verzicht auf die Ausübung des Rechts auf Zugang zu einem Rechtsbeistand nach Art. 9 bzw. 10 Abs. 3 der schon älteren Richtlinie zum Zugang zum Rechtsbeistand, RL 2013/48/EU. Zwar kann nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH „der verfügende Teil eines Rechtsakts nicht von seiner Begründung getrennt werden ..., so daß er, wenn dies erforderlich ist, unter Berücksichtigung der Gründe auszulegen ist, die zu seinem Erlaß geführt haben.“¹⁴ Gleichwohl können die Erwägungsgründe nur Auskunft geben über Sinn und Zweck des verfügenden Teils der Richtlinie,¹⁵ nicht aber dessen Wortlaut modifizieren, soweit dieser eindeutig ist. Daher bestehen hier durchgreifende Zweifel an der Möglichkeit, eine „Verzichtslösung“ auf Erwägungsgrund 9 RL [EU] 2016/1919 zu stützen. Denn der Anspruch aus der Legal Aid-Richtlinie 2016/1919 setzt nur voraus, dass die Begünstigten „ein Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand nach Maßgabe der Richtlinie 2013/48/EU haben“ (Art. 2 Abs. 1 RL 2016/1919). Durch den Verzicht nach Art. 9 Abs. 1 der RL 2013/48 geht aber das „Recht“ nicht unter. Es wird nach dem Verzicht nur auf seine **Ausübung verzichtet**, so, wie es in Deutschland nach h.M.¹⁶ keinen Grundrechtsverzicht geben kann, weil Grundrechte unveräußerlich sind (Art. 1 Abs. 2 GG), sehr wohl aber einen Grundrechts*ausübungs*verzicht. Diese Sichtweise bestätigt systematisch Art. 9 Abs. 3 Satz 2 der RiLi 2013/48/EU, der das Recht auf Zugang zum Rechtsbeistand nach dem Widerruf durch den Beschuldigten aus der Suspendierung wieder zwanglos ins Werk setzt. Es war mithin die ganze Zeit über für die Begünstigten i.S.d. Art. 2 Abs. 1 RL [EU] 2016/1919 vorhanden, ist also – im Wortsinne – unverzichtbar.

Selbst dann, wenn man das anders sehen wollte, setzte eine „Verzichtslösung“ voraus, dass die strengen Voraussetzungen des Art. 9 RL 2013/48/EU Beachtung fänden, insbesondere

- dass eine „eindeutige und ausreichende“ Belehrung über das Recht auf notwendige Verteidigung und „die möglichen Folgen eines Verzichts“ (Art. 9 Abs. 1 lit. a RL [EU] 2013/48/EU) erfolgt, aber auch eine Belehrung über die jederzeitige Möglichkeit eines Widerrufs des Verzichts (Art. 9 Abs. 3 RL [EU] 2013/48/EU);
- dass eine „freiwillig[e] und unmissverständlich[e]“ Verzichtserklärung erfolgt (Art. 9 Abs. 1 lit. b RL [EU] 2013/48/EU), wobei bereits zweifelhaft ist, ob etwa in den ersten Minuten und Stunden nach einer vorläufigen Festnahme angesichts der dann in aller Regel bestehenden psychischen Ausnahmesituation überhaupt von einer reflektierten, „freiwilligen“ Entscheidung gesprochen werden kann. Daher sind langwierige Streitigkeiten über die Freiwilligkeit des Verzichts – und etwaige Fehlerfolgen – für die Hauptverhandlung bis in das Revisionsverfahren hinein vorprogrammiert; sowie
- dass „der Verzicht [...] sowie die Umstände der Verzichtserklärung [...] schriftlich festgehalten werden“ (Art. 9 Abs. 2 RL [EU] 2013/48/EU).

Auch einer Auslegung des in der Richtlinie verwendeten Rechtsbegriffs „Anspruch auf Prozesskostenhilfe“ dahingehend, dass dieser dem Beschuldigten nur die *Möglichkeit* zur Inanspruchnahme eines Verteidigers bietet und daher – auch in Systemen einer notwendigen Verteidigung – einen *Antrag* des Beschuldigten voraussetzen, ist entgegenzutreten. Zwar steht die

¹⁴ EuGH, Urt. v. 15.5.1997, Rs. C-355/95 P (TWD/Kommission), Slg. 1997, I-2549, Rn. 21; siehe ferner exemplarisch EuGH, Urt. v. 25.10.2011, Rs. C-509/09 und C-161/10 (eDate), Rn. 54 f.

¹⁵ von der Groeben/Schwarze/Hatje/*Gaitanides*, Art. 19 EUV Rn. 45.

¹⁶ Siehe statt Vieler BeckOK-GG/*Hillgruber*, 35. Ed. 2018, Art. 1 Rn. 74.

Richtlinie einem generellen Systemwechsel weg von einer notwendigen Verteidigung hin zu einem „echten“ System einer Prozesskostenhilfe in Strafsachen nicht grundsätzlich entgegen. Jedoch hätte ein derartiger Systemwechsel weitreichende Konsequenzen für die rechtsstaatliche Austarierung des deutschen Strafprozessrechts und ließe sich nicht in den verbliebenen wenigen Wochen bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist vollziehen. Zudem widerspräche ein Modell, das einen Antrag des Beschuldigten als zwingende Voraussetzung für die Gewährung von Prozesskostenhilfe oder von notwendiger Verteidigung vorsieht, dem dokumentierten Sinn und Zweck der Richtlinie, wie er sich auch in Erwägungsgrund 18 widerspiegelt: Denn „ein solcher Antrag [sollte] jedoch keine materiell rechtliche Voraussetzung für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe sein“. Dies gilt, worauf Erwägungsgrund 18 durch das „insbesondere“ verweist, gerade nicht nur bei generell schutzbedürftigen (vulnerablen) Personen. Ein weiterer, offensichtlicher Anwendungsfall für eine antragsunabhängige Gewährung von Prozesskostenhilfe bzw. notwendiger Verteidigung ist bei typischen Überforderungssituationen gegeben, wie sie bei einer vorläufigen Festnahme und einer kurz darauf erfolgenden ersten polizeilichen Beschuldigtenvernehmung geradezu paradigmatisch vorliegt.

Im Ganzen gilt: Dass diejenigen, die das Verzichts-Argument in die Welt gesetzt haben, bislang keine einzige schriftliche Ausarbeitung vorgelegt haben und so eine offene, methodisch rationale Diskussion zu verhindern suchen, spricht für sich.

III. Beschleunigung durch Verteidigung, keine Verzögerung durch Verteidigung

Die Bundesrechtsanwaltskammer verweist mit Nachdruck darauf, dass durch eine Verteidigung des Beschuldigten – jedenfalls bei generalisierender Betrachtung – keine Verfahrensverzögerung eintritt. Effektive Verteidigung ist elementarer Bestandteil des Rechtsstaats; der RefE ist mithin keine Gefahr, sondern eine vom Europarecht nach langem politischen Ringen verlangte Stärkung des Rechtsstaats, der sich in der damaligen Abstimmung im Rat nur der Mitgliedsstaat Polen verweigert hatte. Im Strafverfahren bewirkt die frühe Verteidigung generell keine unzuträgliche Verzögerung, sondern, ganz im Gegenteil, nicht selten eine Beschleunigung des Verfahrens. So wissen wir aus zahlreichen rechtstatsächlichen Studien,¹⁷ dass die frühzeitige Verteidigerbestellung nicht nur aus rechtsstaatlichen, sondern auch aus verfahrenswirtschaftlichen und damit letztlich fiskalischen Gründen angezeigt sein kann. Insbesondere kann – entgegen übrigens schon der Befürchtung einiger Bundesländer im letztlich erfolgreichen Gesetzgebungsverfahren zur U-Haft-Reform des Jahres 2009 – die rechtzeitige Einschaltung des Pflichtverteidigers zu Einsparungen führen, wenn überflüssige Kosten in Bagatellfällen vermieden werden, bei denen nur der Haftgrund der Fluchtgefahr im Raum steht.¹⁸ Erfahrungen aus unseren Nachbarländern, die den „Verteidiger der ersten Stunde“ und seine verschiedenen Ausprägungen schon lange kennen, bestätigen diese Befunde.¹⁹

¹⁷ *Schöch*, Der Einfluss der Strafverteidigung auf den Verlauf der Untersuchungshaft, 1997, S. 68 f.; *ders.*, StV 1997, 323 ff.; *Jehle/Bossow*, BewHi 2002, 73; *Busse*, Frühe Strafverteidigung und Untersuchungshaft, 2008, S. 95 ff., 316 ff.; *Gebauer*, StV 1994, 622 ff.

¹⁸ *Zusf. Jahn*, FS-Rissing van Saan, 2011, S. 275 (280).

¹⁹ Vgl. etwa bereits das EU-weite Forschungsprojekt zu den „Verteidigungsrechten im Vorverfahren – bewährte Praxis und effektive anwaltliche Journal (Not-) Dienste/Pre-trial Emergency Defence“, *ÖBWMF*, Forschungsförderungen und Forschungsaufträge 2009, III-154 Beil. XXIV. GP – Bericht (Hauptdok. Teil 3), S. 34.

IV. Überschaubare Zusatzkosten, die uns ein Rechtsstaat wert sein sollten

Die Bundesrechtsanwaltskammer hält den zusätzlichen Kostenaufwand, der mit dem RefE verbunden ist, für überschaubar. In jedem Fall handelt es sich um Kosten, die uns ein Rechtsstaat wert sein sollte.

1. Zunächst ist zu bemerken, dass die **Beiordnungsgründe** im Strafverfahren durch den RefE nur **unwesentlich ausgeweitet** werden:
 - § 140 Abs. 1 Nr. 3 StPO-RefE setzt lediglich die bislang geltende und gefestigte Rechtsprechungspraxis um, die die zwingende Beiordnung eines Verteidigers nach § 140 Abs. 2 StPO vorsieht, wenn dem Angeklagten eine Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von jedenfalls mindestens einem Jahr droht.²⁰
 - § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO-RefE stellt eine zwingende Ergänzung dar, die der Richtlinie geschuldet ist. Insoweit ist aber zu bedenken, dass die bisherige Handhabung des Beiordnungsgrundes nach § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO („Vollstreckung“ der freiheitsentziehenden Maßnahme erst bei Anordnung bzw. Aufrechterhaltung im Vorführtermin)²¹ auch von bundesrichterlicher Seite kritisiert worden ist²² und eine Auslegung gefordert wurde, die die Richtlinie jetzt ohnehin vorschreibt: Die Verteidigung ist auch schon während der Vorführung eine notwendige.
 - In § 140 Abs. 1 Nr. 5 StPO-RefE fällt zwar die bisherige Einschränkung weg, wonach der Freiheitsentzug mindestens drei Monate angedauert haben muss; der restliche Regelungsgehalt wurde in § 143 Abs. 2 Satz 2 StPO-RefE verschoben. Diese Änderung ist zwingend, um Richtlinienkonformität herzustellen. Die praktische Bedeutung der Einschränkungen war aber ohnehin nur äußerst gering. Denn die mit großem Abstand meisten Fälle werden bislang durch den Beiordnungsgrund des § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO-RefE erfasst (Vollstreckung der einstweiligen Unterbringung nach § 126a StPO). Seine eigentliche Bedeutung hatte der bisherige § 140 Abs. 1 Nr. 5 StPO im Vollstreckungsverfahren (Überprüfung der weiteren Vollstreckung nach § 67e StGB). Insofern tritt keine Änderung ein.
 - § 140 Abs. 1 Nr. 10 StPO-RefE überführt lediglich die bisherige Regelung in § 141 Abs. 3 Satz 4 StPO.
 - Das gilt im Grunde auch für § 140 Abs. 1 Nr. 11 StPO-RefE, der zu dem bisherigen Beiordnungsgrund einer Sprach- oder Hörbehinderung den der Sehbehinderung hinzufügt. Abgesehen davon, dass diese Ergänzung nach Art. 3 Abs. 1 GG zwingend erscheinen dürfte, ist die zahlenmäßige Ausweitung der Fälle nicht nennenswert.

²⁰ Etwa OLG Naumburg StV 2013, 322; KG NStZ-RR 2013, 116.

²¹ BGH NStZ 2014, 722 mit abl. Anm. *Knauer*, abl. auch *Deckers* StraFO 2009, 441 (444); *Eisenberg* StV 2015, 180.

²² KK-StPO/*Graf*, 7. Aufl. 2013, § 115, Rn. 11 a.

2. Vorverlagert wird lediglich der **Zeitpunkt**, ab dem die Mitwirkung eines Verteidigers notwendig ist; § 141 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StPO-RefE. Neue Kosten für die Länder können dadurch nur entstehen, wenn sie nicht ohnehin bereits nach bisheriger Rechtslage anfallen.

(a) Eine Beordnung wirkt wegen § 48 Abs. 6 Satz 1 und 2 RVG aus sehr guten Gründen²³ kostenrechtlich zurück. Das bedeutet, dass sämtliche Tätigkeiten, die ein Verteidiger vor seiner Beordnung insbesondere im Ermittlungsverfahren entfaltet, gleichwohl entlohnt werden. **Nimmt also der Verteidiger ohnehin an einer** (polizeilichen, staatsanwaltlichen oder richterlichen) **Vernehmung** im Ermittlungsverfahren oder einer Gegenüberstellung seines Mandanten mit Wiedererkennungzeugen **teil**, so wird ihm diese Tätigkeit auch nach geltendem Recht schon vergütet, sofern er (auch erst später) im ersten Rechtszug als Pflichtverteidiger bestellt wird. Die Vorverlagerung des Beordnungszeitpunkt nach § 141 Abs. 1 StPO-RefE führt in diesen Fällen daher zu **keinen kostenrechtlichen Auswirkungen**.

(b) Ein Mehraufwand entsteht daher nur in Fällen, in denen Vernehmungen des Beschuldigten (oder Gegenüberstellungen) ohne Verteidiger stattfinden, obwohl die Verteidigung – jedenfalls nach neuem Recht – notwendig ist. In den meisten Fällen beträgt dieser Mehraufwand gem. Nr. 4102 VV **136.- € netto**, im Falle der Freiheitsentziehung gem. Nr. 4103 VV **166.- € netto**.²⁴ Um wie viele Fälle es sich pro Jahr handeln mag, lässt sich in Ermangelung tragfähigen statistischen Materials allenfalls grob abschätzen:

(1) Für richterliche Vernehmungen ist eine unterbliebene Bestellung eines Verteidigers schon nach geltendem Recht regelmäßig auszuschließen (§ 141 Abs. 3 Satz 4 StPO). Es geht also nur um Gegenüberstellung des Beschuldigten sowie um dessen polizeiliche oder staatsanwaltliche Vernehmungen.

(2) Die **Anzahl der Gegenüberstellungen** ist denkbar **gering**. Wegen des hohen Personalaufwandes und der zahlreichen, den Wert der Gegenüberstellung beeinträchtigenden Fehlerquellen, findet in der Praxis nahezu ausnahmslos nur noch die sog. sequentielle Einzellichtbildvorlage statt, zumal ihr nach dem aktuellen Stand der Forschung zum

²³ Die bis 2004 geltende Rechtsanwaltsgebührenordnung (BRAGO) sah eine Rückwirkung der Beordnung nicht vor. Das führte nicht nur dazu, dass gebotene Verteidigungstätigkeit mit nicht selten katastrophalen Folgen für die Wahrheitsermittlung unterblieb, sondern auch zu objektiven Missbräuchen. Der gebührenrechtliche Zustand wurde allgemein beklagt, keineswegs nur von anwaltlicher Seite. Der Gesetzgeber griff das Thema auf und führte mit dem RVG eine Kehrtwende herbei, BGBl. I 2004, S. 718 (788 ff.). Der neue § 48 Abs. 5 S.1 und 2 RVG bestimmte: „Wird der Rechtsanwalt in Angelegenheiten nach den Teilen 4 bis 6 des Vergütungsverzeichnisses im ersten Rechtszug bestellt oder beigeordnet, erhält er die Vergütung auch für seine Tätigkeit **vor** dem Zeitpunkt seiner Bestellung, in Strafsachen einschließlich seiner Tätigkeit vor Erhebung der öffentlichen Klage und in Bußgeldsachen einschließlich der Tätigkeit vor der Verwaltungsbehörde. Wird der Rechtsanwalt in einem späteren Rechtszug beigeordnet, erhält er seine Vergütung in diesem Rechtszug auch für seine Tätigkeit **vor** dem Zeitpunkt seiner Bestellung.“ Die Regelung gilt auch heute noch unverändert. Sie wurde lediglich in Abs. 6 verschoben.

²⁴ Denn mehrere Termine an einem Tag gelten nach dem Zusatz der VV als ein Termin, sodass der mit Abstand praktisch häufigste Fall – Teilnahme an der polizeilichen Vernehmung und Vorführung vor den Haftrichter – nur einmal zu entlohnen ist. Im Übrigen ist die Anzahl der Gebühren nach dem Regelungszusatz in der VV auf maximal drei beschränkt, und zwar selbst dann, wenn in Umfangssachen mehrtägige und jeweils mehrstündige Vernehmungen (etwa beim LKA oder bei Sonderkommissionen) stattfinden. In diesen Fällen nimmt nach einem Maßstab praktischer Lebenserfahrung ohnehin ein Verteidiger teil, sodass ein nennenswerter finanzieller Mehraufwand nahezu sicher auszuschließen ist.

Wiedererkennen der höchste Identifizierungsgrad zukommt.²⁵ Selbst bei großzügigster Schätzung dürfte die Neuregelung daher bei kaum 500 Verfahren im Jahr Anwendung finden. Regelmäßig wird es sich dabei aber um eine Gegenüberstellung im Rahmen einer Vernehmung oder wenigstens am selben Tage einer Vernehmung handeln, so dass keine gesonderte Gebühr entsteht.

(3) Im Jahr 2017 klagten die Staatsanwaltschaften etwa 9.000 Verfahren zum Landgericht an,²⁶ was bei großzügiger Schätzung etwa 11.000 Beschuldigten in Verfahren vor dem Landgericht (= Fälle notwendiger Verteidigung) entsprechen dürfte.²⁷ Hinzuzurechnen sind als Fälle notwendiger Verteidigung etwa 51.000 Anklagen bzw. bei großzügiger Schätzung etwa 57.000 Beschuldigte in Verfahren vor dem Amtsgericht (Schöffengericht oder Jugendschöffengericht).²⁸ Verfahren vor dem Strafrichter am Amtsgericht (2017: etwa 363.000 Anklagen) sind nur selten Fälle notwendiger Verteidigung, bei großzügiger Schätzung (3% der Anklagen)²⁹ betrifft dies etwa 11.000 Beschuldigte. In der Summe betreffen daher etwa **80.000 Fälle notwendiger Verteidigung pro Jahr Anklagen zum Amts-, Land- oder Oberlandesgericht.**

Doch nur in wenigen dieser 80.000 jährlichen Fälle dürfte (z.B. wegen bestehender anwaltlicher Notdienste) bereits jetzt die erste polizeiliche Vernehmung, in der das Vorliegen eines Beordnungsgrundes nach § 140 StPO bereits erkennbar war, ohne anwaltlichen Beistand stattfinden. Die Anzahl solcher Fälle soll hier extensiv auf 10% geschätzt werden, also auf 8.000 Fälle. Nach einem Maßstab praktischer Lebenserfahrung dürfte davon mindestens die Hälfte in eine Festnahme und die Vorführung vor den Haftrichter münden. Spätestens bei ihm hat nun nach gegenwärtiger Rechtslage (§ 141 Abs. 3 Satz 4 StPO) die Beordnung eines Pflichtverteidigers zu erfolgen. Da am selben Tage durchgeführte Vernehmungen den Gebührentatbestand nach Nr. 4102, 4103 VV nur einmal auslösen, ergibt sich in diesen Fällen keine finanzielle Mehrbelastung. Lediglich in den verbleibenden ca. 4.000 „reinen“ Vernehmungsfällen entstünde eine zusätzliche Gebühr (in Höhe von dann i.d.R. nur 136.- € netto).

(4) Nicht weiter zu berücksichtigen sind die Fälle notwendiger Verteidigung, die im Ermittlungsverfahren eingestellt wurden. Denn sofern in diesen Fällen Mehrkosten (zur geringen Höhe s. o.) entstehen sollten, wird man ihnen auf der anderen Seite Fälle

²⁵ Einzelheiten bei *Neuhaus/Artkämper*, Kriminaltechnische Beweisführung im Strafverfahren (2014), S. 211, Stichwort „Wiedererkennen und Identifizieren“.

²⁶ Vgl. Statistisches Bundesamt, Bereich „Rechtspflege“, Fachserie 10, Reihe 2.6, S. 26.

²⁷ Die Zahl der Anklagen entspricht nicht der Anzahl der Beschuldigten. Sie ist höher. In Anlehnung an Untersuchungen von Barton zum Verhältnis Revisionsverfahren zu Revisionen für Verfahren vor dem BGH (*Barton*, Kühne-FS, S. 139 [142 f.]: Quotient 1,23 für die Jahre 1981 bis 1996; *Barton*, Die Revisionsrechtsprechung des BGH in Strafsachen, 1999, S. 43: Quotient 1,26 für 2007) wird für die landgerichtlichen Verfahren eine Quote von 1,25 angenommen.

²⁸ Vgl. Statistisches Bundesamt, Bereich „Rechtspflege“, Fachserie 10, Reihe 2.6, S. 26. Vor den Schöffengerichten finden zwar häufiger Verfahren gegen mehrere Angeklagte statt. Allerdings wird hier – im Vergleich zu den Verfahren vor dem Landgericht – nur eine Quote von 1,1 zugrunde gelegt. Denn die Staatsanwaltschaft wird gem. § 24 Abs. 1 Nr. 3 GVG bei mehr als zwei Angeklagten regelmäßig von einem besonderen Umfang der Sache ausgehen und zum Landgericht anklagen.

²⁹ Die Zahl der Anklagen ist Statistisches Bundesamt, Bereich „Rechtspflege“, Fachserie 10, Reihe 2.6, S. 26, entnommen. Verbrechenstatbestände – die wesentliche Gruppe von Beordnungsfällen – dürfen nach § 25 GVG nicht vor dem Einzelrichter verhandelt werden. Gegen eine hohe Anzahl an Fällen notwendiger Verteidigung spricht der sehr große Anteil an Geldstrafen (insb. für einfache Körperverletzungen, einfacher Diebstahl, kleinere Betrugshandlungen, Straßenverkehrsdelikte) und der Vielzahl von Verfahren, bei denen es zu Opportunitätseinstellungen kommt.

gegenüberzustellen haben, in denen aufgrund der frühzeitigen Beteiligung eines Verteidigers eine kostspielige Hauptverhandlung vermieden oder diese jedenfalls abgekürzt werden kann. Im Ergebnis werden sich beide Positionen **mindestens aufheben**.

(5) Zusammenfassend muss man also davon ausgehen, dass – aufgerundet – etwa 5.000 Verfahren Mehrkosten verursachen werden, und zwar in einer Gesamthöhe von regelmäßig zwischen 136.- € und 166.- € netto; bei Vernehmungen an drei oder mehr unterschiedlichen Tagen von maximal 492.- € netto. Zudem ist unter Bezugnahme auf eine Finanzkostenschätzung des BMJV in ZAP 2018, 971 zu berücksichtigen, dass ca. 20% der vom Staat gezahlten Pflichtverteidigerkosten später von den Verurteilten zurückerlangt werden können. Dass die Pflichtverteidiger Einkommenssteuer zahlen, sei nur am Rande erwähnt.

3. Die Analyse darf aber nicht bei den unmittelbaren Kosten stehen bleiben. Vielmehr sind auch in den Blick zu nehmen die Beschleunigung von Strafverfahren durch die frühzeitige Einschaltung von Verteidigern. Denn sie sind es, die dem Beschuldigten ggfs. die Sinnlosigkeit vor Augen führen können, die im Beharren auf aussichtsloser Position liegt oder ihm die Möglichkeiten eines Täter-Opfer-Ausgleichs, einer Aufklärungshilfe und dergl. aufzeigen. Zwar wird der Rat zunächst dahin gehen, ohne Einsichtnahme in die Ermittlungsakten zu schweigen. Aber auch darin liegt ein Vorteil. Denn die Forschung zu den Fehlerurteilen im Strafprozess, die in den letzten Jahren verstärkt in den Fokus des Interesses gerückt ist, hat gezeigt, dass eine der Hauptfehlerquellen in der anwaltlich unbegleiteten und unkontrollierten polizeilichen Vernehmung liegt.³⁰ Insofern dient die frühzeitige Beiordnung und die Teilnahme eines Verteidigers an der polizeilichen Vernehmung auch dem **Schutz der Beamten**, die sich nicht selten – gerade bei Verbrechensvorwürfen oder der Vernehmung drogenkranker Beschuldigter – dem Vorwurf unerlaubter Vernehmungsmethoden ausgesetzt sehen. Damit hätte es ein Ende. Wirkte ein Verteidiger an der Vernehmung mit, ist mit dem späteren Einwand der Unverwertbarkeit nicht mehr zu rechnen.
4. Fazit: Das „Mehr“ an Kostenaufwand ist nicht nur überschaubar, sondern auch im Sinne einer Stärkung des Rechtsstaates bestens eingesetzt. Denn Fehlerurteile beschädigen nicht nur sein Ansehen, sondern beeinträchtigen auch das Vertrauen der Bürger in seine Funktionalität.

- - -

³⁰ Jüngst: *Dunkel*, Fehlerentscheidungen in der Justiz (2018), S. 93 f.; *Böhme*, Das strafgerichtliche Fehlerurteil – Systemimmanenz oder vermeidbares Unrecht? (2018), S. 197, 267 ff. Vgl. etwa auch die Beiträge auf den 8. Petersberger Tagen der AG Strafrecht 2015 von *Nieda-Rümelin* StraFo 2015, 309; *Püschel* StraFo 2015, 269; *Velten* StraFo 2015, 354 oder *Neuhaus* StV 2015, 185. Ferner: *Darnstädt*, Der Richter und sein Opfer (2013); *Rückert*, Unrecht im Namen des Volkes (2007); *Steller*, Warum jeder unschuldig verurteilt werden kann (2015). Fehlerurteile waren in jüngerer Zeit mehrfach Gegenstand der öffentlichen Diskussion. Ausgelöst wurde sie durch einige wenige herausragende Fälle wie die von *Rainer Möllers*, dem Erzieher im Coesfelder Montessori-Kindergarten, *Ulvi Kulac*, *Monika de Montgazon*, *Horst Arnold*, *Heinz-Dieter Gill*, *Hermine Rupp*, *Gustl Mollath* und dem als „Super-GAU der bundesdeutschen Justizgeschichte“ bezeichneten Fall *Harry Wörz*. Als in diesen Fällen die Wahrheit über die Strafjustiz hereinbrach, war das Medienecho gewaltig, und es mangelte nicht an Schelte am Justizapparat. Die Mehrheit der Fehlerurteile dürfte allerdings ganz oder doch weitgehend unbeachtet bleiben.