DeutscherAnwaltVerein

Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Strafrecht

Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung zur Umsetzung der Richtlinie 2016/1919/EU (sog. Legal Aid Richtlinie)

Stellungnahme Nr.: 36/2019 Berlin, im Oktober 2019

Mitglieder des Ausschusses Strafrecht

- RA Dr. Rainer Spatscheck, München (Vorsitzender)
- RA Stefan Conen, Berlin (Berichterstatter)
- RAin Dr. Margarete Gräfin von Galen, Berlin
- RAin Dr. Gina Greeve, Frankfurt am Main
- RA Dr. Stefan Kirsch, Frankfurt am Main
- RAin Dr. jur. Jenny Lederer, Essen
- RA Prof. Dr. Bernd Müssig, Bonn
- RA Dr. Ali B. Norouzi, Berlin
- RAin Gül Pinar, Hamburg
- RA Michael Rosenthal, Karlsruhe
- RA Martin Rubbert, Berlin
- RAin Dr. Heide Sandkuhl, Potsdam

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- RAin Tanja Brexl, Berlin

Deutscher Anwaltverein
Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel
Rue Joseph II 40, Boîte 7B
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
EU-Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

www.anwaltverein.de

Verteiler

- Bundesministerium des Innern
- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
- Rechts- und Verbraucherschutzausschuss, Innenausschuss des Deutschen Bundestages
- Vorsitzenden des Rechts- und Verbraucherschutzausschusses des Deutschen Bundestages
- Vorsitzenden des Innenausschusses des Deutschen Bundestages
- Landesjustizministerien
- Rechts- und Innenausschüsse der Landtage
- Bundesgerichtshof
- Bundesanwaltschaft

- Vorstand des Deutschen Anwaltvereins
- Landesverbände des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Strafrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins
- Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins
- Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer
- Vorsitzende des Strafrechtsausschusses des KAV, BAV
- Vorsitzende des FORUM Junge Anwaltschaft des DAV

- Deutscher Strafverteidiger e. V.
- Regionale Strafverteidigervereinigungen
- Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen und -initiativen

- Arbeitskreise Recht der im Bundestag vertretenen Parteien
- Deutscher Richterbund
- Bund Deutscher Kriminalbeamter

- Strafverteidiger-Forum (StraFo)
- Neue Zeitschrift für Strafrecht, NStZ
- Strafverteidiger
- Juris
- KriPoZ Kriminalpolitische Zeitschrift

- Prof. Dr. Jürgen Wolter, Universität Mannheim
- ver.di, Bereich Recht und Rechtspolitik
- Deutscher Juristentag (Präsident und Generalsekretär)
- Prof. Dr. Schöch, LMU München

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit seinen über 63.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Der DAV hat bereits eine Stellungnahme zum Referentenentwurf des BMJV aus dem Jahr 2018 abgegeben, der in weiten Teilen dem jetzt vorgelegten Regierungsentwurf entspricht.

Die erneute Stellungnahme des DAV hierzu ist zuvörderst der Modifikation gegenüber dem Referentenentwurf geschuldet, die darin besteht, die Justiz aus der Verantwortung für die regelmäßige Beiordnung des Verteidigers der ersten Stunde zu entlassen. Der damit vorgesehene systematische Bruch, es künftig dem Beschuldigten zu überantworten, sich eines Verteidigers der ersten Stunde im Falle notwendiger Verteidigung regelmäßig selbst durch Antragstellung versichern zu müssen, verdient Widerspruch. Hierdurch droht der Entwurf die von der EU-Richtlinie angestrebte Sicherung eines effektiven Rechtsbeistands bei erstmaliger Konfrontation mit einem die Notwendigkeit der Verteidigung begründenden Tatvorwurf als europäischen Mindeststandard zu verfehlen. Insoweit versteht sich diese Stellungnahme des DAV im Wesentlichen als Ergänzung zu der bereits zum vormaligen Referentenentwurf abgegebenen, auf die insoweit auch vollinhaltlich Bezug genommen wird. Die folgenden Ausführungen setzen sich daher unter **2.** und **3.** hauptsächlich mit dem schon angesprochenen Systembruch und dem geplanten Antragserfordernis zur Erlangung eines Pflichtverteidigers im Falle des § 141 Abs. 1 E-StPO auseinander.

Darüber hinaus ist indes zunächst auch folgende Ausführung veranlasst:

1. Streichung des Begriffs eines Sicherungsverteidigers

An der nunmehr vorliegenden Fassung ist aus hiesiger Sicht im Gegensatz zum Referentenentwurf allein zu begrüßen, dass die Kritik des DAV an der Vorfassung des § 144 E-StPO und dem in der amtlichen Überschrift enthaltenen Begriff des

„Sicherungsverteidigers“ – einer Figur die dem anwaltlichen Selbstbild ebenso wenig entsprechen kann wie der berechtigten Erwartung von Mandanten, dass primär ihre Interessen vertreten werden – offenbar Gehör fand. Aus dem nunmehrigen Entwurf ist dieser Terminus und ein ggfls. damit verbundenes Verteidigungsverständnis gestrichen worden.

Diese begrüßenswerte Nachbesserung ist jedoch in keiner Weise geeignet, den gravierenden Einschnitt zu kompensieren, mit welchem der nunmehrige Regierungsentwurf die vormals noch im Sinne der umzusetzenden Richtlinie vorgesehene rechtsstaatliche Garantie der Gewährleistung frühzeitiger Verteidigung bei erstmaliger polizeilicher Konfrontation des Beschuldigten mit einem gravierenden strafrechtlichen Vorwurf unter Inkaufnahme eines Systembruchs mindestens teilweise wieder einkassiert.

2. Streichung notwendiger Verteidigung „der ersten Stunde“ entgegen der Richtlinie

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

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

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

Er hatte hieraus zutreffend abgeleitet, dass ***von Amts wegen***

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

b)

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

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

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

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

Sich dieser Verpflichtung entziehen zu wollen, ist die rechtsstaatlich zweifelhafte Intention der nunmehr vorgelegten Überarbeitung des ersten Referentenentwurfs.

Die Abkehr von selbiger ist offenbar dem Ziel geschuldet, auch anlässlich einer Richtlinie zur Stärkung der Beschuldigtenrechte auf ein europäisches Minimum (vgl. Erwägungsgrund 16), die Rechtsstellung des Beschuldigten so schwach wie noch scheinbar vertretbar auszugestalten. Dass hierzu sogar ein Systembruch in der bislang de lege lata geltenden Doktrin der notwendigen Verteidigung einem der Richtlinie adäquaten Zuwachs an Rechtsgewährleistung für beschuldigte Personen der Vorzug gewährt wird, belegt diese Zielsetzung. Denn gemäß § 141 Abs. 1 E-StPO verweigert der Staat künftig die Verantwortung in Fällen der gesetzlich notwendigen Verteidigung für selbige zu sorgen und gewährt sie grundsätzlich nur auf Antrag. Galt im System der notwendigen Verteidigung bislang, dass sie keinesfalls zur Disposition - auch nicht des Beschuldigten/Angeklagten - stand, ihre Verkennung vielmehr als absoluter Revisionsgrund iSd § 338 Nr. 5 StPO firmiert, soll sich der Staat künftig seiner rechtsstaatlichen und verfahrenslegitimierenden Garantenstellung zumindest im für den Beschuldigten kritischsten Moment des Vorverfahrens zu dessen Lasten entkleiden können.

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

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

a)
Mit dem Regierungsentwurf gelingt es nicht, der bisher geltenden Praxis polizeilicher Belehrungen durch alleiniges Repetieren des Gesetzestextes den gebotenen Riegel vorzuschieben. Tatsächlich hilft dem regelmäßig rechtsunkundigen Beschuldigten die Belehrung, er könne „unter den Voraussetzungen des § 140 die Bestellung eines Verteidigers nach Maßgabe des § 141 Absatz 1 beanspruchen“ in der Lage vorläufiger Festnahme weder weiter

noch ist sie auch nur im Ansatz geeignet, die von der umzusetzenden Richtlinie intendierte Sicherung seiner Subjektstellung sowie effektive Zugangsmöglichkeit zu einem Rechtsbeistand zu garantieren.

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

b)
Der Regierungsentwurf versagt dem Beschuldigten den durch die Richtlinie in Aussicht gestellten Schutz jedoch nicht nur bei der Belehrung, ob ein Fall notwendiger Verteidigung vorliegt, sondern auch auf der Kostenseite. Die nun umzusetzende Richtlinie intendiert den Staat dafür in die Verantwortung zu nehmen, dass der bereits abstrakt durch die Richtlinie 2013/48/EU garantierte Zugang zu einem Rechtsbeistand dem (nicht unerheblich) beschuldigten Bürger auch tatsächlich konkret gewährleistet wird, und zwar indem er einen solchen unbeschadet vorhandener finanzieller Ressourcen tatsächlich zur Seite gestellt bekommt (vgl. Erwägungsgrund 1). Erwägungsgrund 8 der Richtlinie formuliert weiterhin, dass es den Mitgliedsstaaten wohl allenfalls eher als Ausnahme ermöglicht sein soll, beschuldigte Personen gegebenenfalls im Falle finanzieller Leistungsmöglichkeiten zu verpflichten, *einen Teil* der durch die Prozesskostenhilfe entstandenen Kosten selbst zu tragen.

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

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

Damit suggeriert der Entwurf fälschlich zweierlei:

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

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

Gerade letzteres ist nicht nur falsch, sondern mutet angesichts der Intention der umzusetzenden Richtlinie als Resultat nationalen Transfers als beinahe zynisch an. Denn gerade derjenige Beschuldigte, dem es an Ressourcen mangelt, soll nach der Richtlinie unbedingter staatlicher Unterstützung versichert sein. Der Verweis ihm ggfls. die Kosten der Pflichtverteidigung im Falle entsprechender Antragstellung in Rechnung zu stellen, ist angesichts des bereits zitierten Art. 6 Abs. 3 lit c EMRK ebenso untunlich wie mit Blick auf Erwägungsgrund 8 der Richtlinie. Unbeschadet der europarechtlichen Perspektive verordnet der Entwurf der Bundesregierung den zur ersten Beschuldigtenbelehrung berufenen Beamten mit dem Hinweis auf die vermeintliche Kostenfolge einer Antragstellung regelmäßig eine mindestens konkludente Täuschung des Beschuldigten. Denn die gesetzlich vorgesehene Belehrung suggeriert ihm fälschlich, er habe es durch den Verzicht einer Antragstellung in der Hand, sich vor persönlichen Kosten einer Pflichtverteidigung zu schützen. Dies ist mitnichten der Fall. Verzichtet der Beschuldigte auf die Antragstellung und führt unberaten eine Vernehmung durch, in deren Folge er dem Haftrichter vorgeführt wird, zahlt er die Rechnung für die im Regierungsentwurf angelegte Fehlbelehrung gegebenenfalls doppelt:

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

Die verfehlte Belehrung des Beschuldigten ist damit in keiner Weise Ausdruck finanzieller Fürsorge und trägt mitnichten einer Möglichkeit seitens des

Beschuldigten Kosten zu sparen Rechnung. Eine solche sieht das Gesetz regelmäßig nämlich überhaupt nicht vor. Unter dem staatlich veranlassten unzutreffenden Eindruck eigenverantwortlicher Kostenhoheit droht der Beschuldigte infolge täuschender Belehrung auf das zu verzichten, was ihm die umzusetzende Richtlinie als Kernanliegen sichern will - den unabhängig von seinen finanziellen Ressourcen staatlich zu gewährleistenden Zugang zu Verteidigung und Rechtsrat.

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

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

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

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

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

bb)

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

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

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

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

(1)

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

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

(2)

Der Beschuldigte ist im Rahmen der polizeilichen Vernehmung aber auch deshalb schutzbedürftig als er keine Kontrolle über die Dokumentation seiner

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

(3)

Letzteres gilt insbesondere auch dann, wenn man in den Blick nimmt, wem die Richtlinie den Zugang zum Recht durch Rechtsrat sichern will. Es sind dies regelmäßig die Schwächsten der Gesellschaft, jene also, die ihre verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Rechtspositionen schon aufgrund fehlender finanzieller Ressourcen preisgeben. Der Regierungsentwurf schickt sich an, der Strafverfolgung diesen Armutsreflex der Schwächsten zu erhalten, indem er wie ausgeführt durch die Verknüpfung von Antragserfordernis und mindestens konkludent täuschender Kostenbelehrung für den Fall der Antragstellung Beschuldigte vom früher Inanspruchnahme professioneller Rechtsberatung abzuschrecken trachtet. Damit wird indes nicht nur die Intention der Richtlinie konterkariert, sondern es stellt sich auch die gesellschaftliche Frage von Verfahrensgerechtigkeit verstärkt. Der Abbau von Beschuldigtenrechten und Verfahrensgarantien, die der Gesetzgeber in den letzten Jahren vorgenommen hat (und den die Regierung mit einem weiteren Referentenentwurf vorantreiben will), trifft naturgemäß diejenigen härter, die sich professionelle Hilfe zur Wahrnehmung ihrer Rechte nicht oder nur eingeschränkt leisten können. *Lubitz* hat in NK 2019, 282 zutreffend darauf aufmerksam gemacht, dass die Verluste und Begrenzungen

von Rechtspositionen durch Präklusionen und Einschränkungen von Verfahrensgarantien und -rechten in ihrer Verteidigung nur von denjenigen kompensiert werden können, die in der Lage sind ihre Verteidigung mit entsprechenden Ressourcen zu führen. Diejenigen, die das nicht vermögen, verschaffen der Justiz nach der Hoffnung des Gesetzgebers das Ventil zur Entlastung durch vereinfachte Aburteilungsmöglichkeiten. Die hiervon Betroffenen sind dann – so *Lubitz* a. a. O. – als die Marginalisierten des Rechts zu bezeichnen.

4. Fazit

Der erste Referentenentwurf hatte der Richtlinienintention jedenfalls insoweit hinreichend Rechnung getragen, als er in Fällen national anerkannter notwendiger Verteidigung dem Beschuldigten den Verteidiger der ersten Stunde, gerade auch was den Zeitpunkt angeht, gewährleistete. Dem verweigert sich der jetzt vorgelegte Regierungsentwurf. Die einheitlichen Mindeststandards der Richtlinie sollen den nationalen Verfahrensformen auch die gegenseitige europäische Anerkennung sichern. Deutschland ist bereits eines der Schlusslichter in Europa, was die Transparenz der Urteilsfindung in Strafverfahren durch Dokumentation der Beweisaufnahme angeht. Dass der nunmehr vorgelegte Entwurf lieber einen Bruch im Gerüst der notwendigen Verteidigung in Kauf nimmt als die europaweit vorgesehenen Mindeststandards nahtlos in das bestehende System der Pflichtverteidigung zu implementieren, lässt besorgen, dass diese Mindeststandards eben verfehlt werden. Es ist zu befürchten, dass Urteilen aus Deutschland gegebenenfalls die europäische Anerkennung verweigert wird, weil die Umsetzung der Richtlinie u. a. aus den hier dargelegten Gründen den Mindeststandard verfehlt, welcher dem Beschuldigten durch die Richtlinie national garantiert werden sollte. Der Gesetzgeber sollte deswegen zur Lösung des zunächst vorgelegten Referentenentwurfs zurückkehren.