

Schriftliche Stellungnahme

für die öffentliche Anhörung im Rechtsausschuss
des Deutschen Bundestages

zu dem

**Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts
der notwendigen Verteidigung
(BT-Ds. 19/13829)**

am

23. Oktober 2019

Inhalt

	Seite
I. Vorbemerkung und Transparenzerklärung	3
II. Die Umsetzung der PKH-Richtlinie innerhalb des bisherigen Systems der notwendigen Verteidigung verstößt nicht gegen die Richtlinienvorgaben	4
1. Grundlagen „in a nutshell“	4
2. Zwischenergebnis	9
III. § 141 Abs. 2 Nr. 3 StPO-RegE muss zumindest in der derzeitigen Fassung beibehalten werden, um die Richtlinienvorgaben überhaupt zu erfüllen	10
1. Die rechtspolitische Grundentscheidung ist im Oktober 2016 gefallen, nicht im Oktober 2019	10
2. Das europarechtliche Regressionsverbot als rote Linie	13
3. Ergebnis zum europarechtlichen Mindeststandard	15
IV. Es darf keine weitere Verzichtsmöglichkeit in § 141 StPO-RegE eingeführt werden	16
V. Rechtspolitisch sinnvolle Verlängerung der Frist zur Auswechslung des Pflichtverteidigers	17
VI. Technischer Änderungsbedarf bei den Rechtsmitteln	20
VII. Zusammenfassende Bewertung	22

I. Vorbemerkung und Transparenzerklärung

In der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit¹ ist eine Beschäftigung mit allen Aspekten des umfangreichen Gesetzentwurfs ausgeschlossen.

Ich beschränke mich im Nachfolgenden deshalb auf die **drängendsten Fragen**. Dies sind auch solche, die durch bereits vorliegende Stellungnahmen anderer für die 64. Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz geladener Sachverständiger aufgeworfen werden. Im Übrigen beziehe ich mich auf die **Stellungnahme** des Strafrechtsausschusses der **Bundesrechtsanwaltskammer** Nr. 21/2019² zum Regierungsentwurf. Dort war ich **Mitberichterstatte**r.

Der guten Ordnung halber weise ich aus **Transparenzgründen** darauf hin, dass ich 2017/18 als sog. *Principal Investigator* an dem von der Generaldirektion Justiz der **Europäischen Kommission** geförderten Projekt „**Enhancing der Quality of Legal Aid: General Standards for different Countries**“ zusammen

¹ Die Einladung zur Ausschusssitzung ging mir am späten Nachmittag des 15. Oktober zu. – Meinen wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen Dr. *Sarah Zink* und *Tanja Feichtlbauer* danke ich für wertvolle Diskussionen und zahlreiche Anregungen.

² https://www.jura.uni-frankfurt.de/82081641/RegE_Legal_Aid_RiLi_BRAK_Stellungnahme_21_2019_September_2019.pdf.

mit Projektträgern aus Litauen, den Niederlanden und Deutschland mitgewirkt habe.³

II. Die Umsetzung der PKH-Richtlinie innerhalb des bisherigen Systems der notwendigen Verteidigung verstößt nicht gegen die Richtlinienvorgaben

1. Grundlagen „in a nutshell“

Das deutsche System notwendiger Verteidigung in Strafsachen ist ein **funktionales Äquivalent** zur europarechtlichen Prozesskostenhilfe (Legal Aid).⁴ Der Unterschied zwischen Prozesskostenhilfe und notwendiger Verteidigung stellt sich, stark vereinfacht, wie folgt dar:

- **Prozesskostenhilfe** bedeutet „**jeder** (auch und insbesondere derjenige, der den Verteidiger nicht selbst zu finanzieren vermag) **kann, keiner muss** (jedenfalls nicht aufgrund des Instituts der Prozesskostenhilfe).“⁵

³ Weitere Informationen und der Projekt-Abschlussbericht von *Burchard/Jahn/Zink et al.*, Allgemeine Standards für Anbieter staatlich finanzierter Strafverteidigung, 2018, https://www.jura.uni-frankfurt.de/75785045/Allgemeine_Standards_Qual_Aid.pdf finden sich unter <http://www.jura.uni-frankfurt.de/RuPS>. Die Ergebnisse des Projekts sind eingeflossen in *United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), Ensuring Quality of Legal Aid Services in Criminal Justice Processes*, 2019, S. 36 f.

⁴ Ausf. dazu *Jahn/Zink*, *StraFo* 2019, 318 (320); *dies.*, FS Graf-Schlicker, 2018, S. 476 (478). A.A. *Spitzer*, *ZRP* 2010, 183.

⁵ Zu den Systemen der staatlichen Verteidigerfinanzierung in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union *Zink*, *Autonomie und Strafverteidigung zwischen Rechts- und Sozialstaatlichkeit* (Diss. Frankfurt a.M.), 2019, S. 132 ff.

- **Notwendige Verteidigung** bedeutet „**nur manche können** (wenn die Voraussetzungen der notwendigen Verteidigung vorliegen; diese knüpfen nicht an die finanziellen Möglichkeiten zur Finanzierung eines Anwalts an), **diese müssen aber auch.**“⁶

Das deutsche **Modell notwendiger Verteidigung** hat **Vorzüge**, die die Umsetzung der PKH-Richtlinie innerhalb des Systems der notwendigen Verteidigung rechtfertigen.⁷

Aus gutem Grund *müssen* diejenigen verteidigt sein, bei denen die Voraussetzungen notwendiger Verteidigung greifen. Unser Modell ist eng mit der deutschen Verfassungsidentität verwoben, namentlich mit dem Rechtsstaatsprinzip. In wohl keiner anderen Verfahrensart wird der Beschuldigte so sehr gegen seinen Willen staatlichem Zwang unterworfen wie im Strafverfahren. Deshalb kommt es hier ganz besonders darauf an, ihn mit effektiven Abwehrrechten gegen den Staat auszustatten, notfalls auch mit einem volitional-

⁶ Vgl. *Lüderssen/Jahn*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl. 2007, § 140 Rn. 2. Zur Benachteiligung von sozial und wirtschaftlich schwächeren Beschuldigten in Deutschland *Lubitz*, NK 2019, 282 (289 ff.).

⁷ Ausf. *Zink*, Autonomie und Strafverteidigung zwischen Rechts- und Sozialstaatlichkeit, 2019, S. 63-69, 163 ff. A.A. *Heuer*, Stellungnahme anlässlich der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 23. Oktober 2019 zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung“ (BR-Drucks. 364/19), S. 7 f.

paternalistischen verfahrensrechtlichen Zwang,⁸ bei dem die außerprozessuale Selbstständigkeit des Beschuldigten jedoch erhalten bleibt. Ohne einen Verteidiger wäre der Beschuldigte in den Situationen, in denen das Gesetz die Notwendigkeit der Verteidigung legitimerweise vorschreibt, bloßes Verfahrensobjekt.

Im Übrigen ist zur Begründung, warum die Voraussetzungen der PKH-Richtlinie⁹ auch in Gestalt des Modells der notwendigen Verteidigung umgesetzt werden dürfen, auch auf Art. 4 Abs. 2 PKH-RL abzustellen. Danach können die Mitgliedstaaten eine **Bedürftigkeitsprüfung (means-Test)**, eine Prüfung der **materiellen Kriterien (merits-Test)** oder beides vornehmen, um festzustellen, ob Prozesskostenhilfe zu bewilligen ist.

Das entbindet aber noch nicht von der Notwendigkeit zu begründen, *warum* – wie in Deutschland – eine Prüfung der materiellen Kriterien als ausreichend angesehen wird. Um nach dem soeben in Erinnerung gerufenen rechtsstaatlichen Verständnis den Subjektstatus des Beschuldigten zu sichern, muss gewährleistet sein, dass

⁸ Zum Begriff *Doworkin*, Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality, 2000, S. 216 ff. Die Frage, ob es sich um harten Paternalismus im Sinne von *Feinberg*, Harm to Self. The Moral Limits of the Criminal Law, 1986, S. 61, handelt, mag hier offenbleiben.

⁹ Richtlinie (EU) 2016/1919 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.10.2016 über Prozesskostenhilfe für Verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren sowie für gesuchte Personen in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls – Legal Aid-Richtlinie (PKH-RL), ABl. (EU) L 297/1 v. 4.11.2016.

sich niemand – insbesondere nicht der Staat – in den Kernbereich der Verteidigungssphäre einmischt. Die Autonomie des Beschuldigten wird durch den Zwang zum „Verteidigtsein“ erst hergestellt, weil er im Prozess mit professionell agierenden Strafverfolgungsbehörden einem **strukturell begründeten Autonomiedefizit** unterliegt, das formelle Verteidigung ausgleichen soll. Ein Beschuldigter, dem die Freiheit entzogen ist, kann – **nicht nur in der Untersuchungshaft** – in dieser überfordernden Situation beispielsweise die verfahrensrechtliche Lage typischerweise gar nicht vollständig überblicken und folglich auch nicht autonom beurteilen, ob er lieber auf die Verteidigung verzichten würde. Gepaart mit der Garantie der Unabhängigkeit der Anwaltschaft wird das Bild vom deutschen Rechtsstaatsverständnis komplett, in dem der Beschuldigte entsprechend der in § 142 Abs. 1 S. 2 der geltenden StPO kodifizierten Rechtsprechung des *BVerfG*¹⁰ ein eigenes Auswahlrecht hinsichtlich seines Pflichtverteidigers hat und keine staatliche Stelle die Entscheidung über seinen Kopf hinweg trifft, sofern er von seinem Auswahlrecht Gebrauch macht.¹¹ Dies ist insbesondere in den „echten“ Prozesskostenhilfe-

¹⁰ S. nur *BVerfGE* 9, 36 (37 ff.); 39, 238 (243).

¹¹ Zur prinzipiellen Abwesenheit staatlichen Interventionismus‘ in der (Pflicht-)Verteidigung vgl. *Lüderssen/Jahn*, in: Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl. 2007, Vor § 137 Rn. 28 ff.; im Kontext der Umsetzung der PKH-Richtlinie vgl. *Zink*, Autonomie und Strafverteidigung zwischen Rechts- und Sozialstaatlichkeit, 2019, S. 166 ff.

Systemen anderer Mitgliedsstaaten der EU nicht selbstverständlich. Hier nimmt der Staat deutlich mehr Einfluss auf die Verteidigung.¹²

Daran ändert auch der Hinweis nichts, dass es sich für den mittellosen Beschuldigten sogar nachteilig auswirken könnte, dass in Zukunft in mehr Fällen als im geltenden Recht die Verteidigung notwendig sein wird und er hierauf nicht verzichten kann, da er im Verurteilungsfalle wegen § 465 Abs. 1 S. 1 StPO die Kosten für die Pflichtverteidigung trägt.¹³ Sachlich ist daran bereits schief, dass dann, wenn der Verurteilte noch immer mittellos ist, wenn die Verfahrenskosten beigetrieben werden sollen, auch keine Beitreibung erfolgen kann. Das könnten bis zu **80% aller Pflichtverteidigungsfälle** sein.¹⁴ Der Einwand führt im Ergebnis allein dazu, dass man sich über die Kostentragungsregelungen¹⁵ und, dem nachfolgend, den Hinweis auf die Kostentragungspflicht in § 136 Abs. 1 S. 5

¹² Nachweise dazu erneut im Projektbericht *Burchard/Jahn/Zink et al.*, Allgemeine Standards für Anbieter staatlich finanzierter Strafverteidigung, 2018, https://www.jura.uni-frankfurt.de/75785045/Allgemeine_Standards_Qual_Aid.pdf

¹³ Vgl. *Heuer*, Stellungnahme anlässlich der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 23. Oktober 2019 zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung“ (BR-Drucks. 364/19), S. 7.

¹⁴ Vgl. ZAP Nr. 19 v. 11. Oktober 2018, S. 971 unter Berufung auf Zahlen des BMJV aus Erhebungen in Berlin, Mecklenburg-Vorpommern und Rheinland-Pfalz.

¹⁵ Dazu, mit konkreten Vorschlägen, *Zink*, Autonomie und Strafverteidigung zwischen Rechts- und Sozialstaatlichkeit, 2019, S. 210 ff, 238 f.

Hs. 2 StPO¹⁶ in weiteren Reformschritten Gedanken machen sollte.

2. Zwischenergebnis

Somit ist die Umsetzung der PKH-Richtlinie im äußeren Gewand der notwendigen Verteidigung zulässig und begründet *per se* **keine Vertragsverletzung**.

Die Art und Weise der im Regierungsentwurf vorgesehenen Umsetzung bedingt aber, dass die **Richtlinienvoraussetzungen** in das deutsche System der notwendigen Verteidigung **richtig „übersetzt“** werden müssen. Was (auch) für ein „reines“ Prozesskostenhilfemodell auf Basis eines *means test* formuliert war, kann im deutschen Modell notwendiger Verteidigung mit einem *merits test* eine ganz andere Bedeutung bekommen und muss auch in dieser Bedeutung gelesen werden, damit die Richtlinienvorgaben noch erfüllt werden.

Dies zeigt **exemplarisch** der europarechtliche Rahmen, in dem sich bereits im Gesetzgebungsverfahren geäußerte Kritik an **§ 141 Abs. 2 Nr. 3 StPO-RegE** bewegt:

¹⁶ Jahn/Zink, StraFo 2019, 318 (326) u.H.a. BRAK-Stellungnahme Nr. 21/September 2019.

III. § 141 Abs. 2 Nr. 3 StPO-RegE muss zumindest in der derzeitigen Fassung beibehalten werden, um die Richtlinienvorgaben überhaupt zu erfüllen

1. Die rechtspolitische Grundentscheidung ist im Oktober 2016 gefallen, nicht im Oktober 2019

§ 141 Abs. 2 Nr. 3 StPO-RegE sieht vor, dass dem Beschuldigten in Fällen notwendiger Verteidigung antragsunabhängig ein Verteidiger bestellt wird, sobald im Vorverfahren die Mitwirkung eines Verteidigers „insbesondere bei einer Vernehmung des Beschuldigten oder einer Gegenüberstellung ... auf Grund der Umstände des Einzelfalls, namentlich der Schutzbedürftigkeit des Beschuldigten, erforderlich ist“.

Unlängst hat der **Deutsche Richterbund** in seiner Stellungnahme vom 19. September 2019¹⁷ an der Vorschrift des § 141 Abs. 2 Nr. 3 StPO-RegE eine **unnötige Ausweitung der Pflichtverteidigung** auf das Ermittlungsverfahren kritisiert.¹⁸ Diese Forderung reiht sich *pars pro toto* ein in die Forderungen der **90. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister** auf ihrer Sitzung am 5./6. Juni 2019, die auf eine

¹⁷ *Deutscher Richterbund*, Stellungnahme Nr. 12/19 (BE: *Piechaczek*), o.P., Abschnitt B.2.

¹⁸ Unklar bleibt, ob sich der *Deutsche Richterbund* für die generelle Streichung des § 141 Abs. 2 Nr. 3 StPO-RegE ausspricht oder lediglich andere Ermittlungs- und Beweiserhebungsmaßnahmen als Gegenüberstellungen und Vernehmungen wie etwa Tatortrekonstruktionen über das Wort „insbesondere“ nicht erfasst sein sollen (vgl. zur Gegenposition auch zur weniger weitgehenden Folgerung *Jahn/Zink*, FS Graf-Schlicker, 2018, S. 475 [482 ff.]; *Strafverteidigervereinigungen*, Policy Paper Neuordnung der Pflichtverteidigerbestellung, 2018, www.strafverteidigertag.de/Material/PP_Pflicht_web%20Kopie.pdf, S. 20).

„praxisgerechte“ Umsetzung der Richtlinie drängt. Diese gebiete es nicht, „der Polizei jede Beschuldigtenvernehmung auf freiwilliger Basis zu verbieten, nur weil noch kein Pflichtverteidiger beigeordnet ist“¹⁹. Der Appell geht im Ganzen dahin, „das Ermittlungsverfahren vom aufwändigen und zeitintensiven Verfahren der Pflichtverteidigerbestellung insbesondere in solchen Fällen freizuhalten, in denen der nicht in Haft befindliche Beschuldigte nach Belehrung über seine Rechte bereit ist, Fragen auch ohne vorherigen anwaltlichen Rat zu beantworten“²⁰. Auch von anderen Seiten – zumal außerhalb der Fachöffentlichkeit²¹ – wird zuweilen grundsätzlich

¹⁹ JuMiKo-Beschluss TOP II.18, https://schleswig-holstein.de/DE/Schwerpunkte/JUMIKO2019/Downloads/TOPII_18.html. Gleichsinnig hat sich auch die Landesregierung in Baden-Württemberg geäußert, was dort bereits ein parlamentarisches Nachspiel gehabt hat, vgl. die Antwort des Ministeriums der Justiz und für Europa auf die Anfrage der FDP/DVP auf LT-Drucks. Ba-Wü 16/5693 v. 4. Februar 2019, S. 3: Es „dürfte unter rechtsstaatlichen Aspekten eine Beteiligung eines bestellten Verteidigers an einer richterlichen Beschuldigtenvernehmung im Ermittlungsverfahren jedenfalls dann nicht geboten sein, wenn der Beschuldigte selbst auf die Bestellung eines Verteidigers bzw. auf die Beteiligung eines bestellten Verteidigers verzichtet. Diese Erwägungen gelten in gleicher Weise für das Institut des ‚Verteidigers der ersten Stunde‘, das durch § 141 Abs. 3 StPO-E des [BMJV-] RefE ... geregelt werden soll. Auch insofern bleibt jedoch festzustellen, dass es unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten nicht erforderlich erscheint, einem Beschuldigten in jedem Fall und gegebenenfalls auch gegen seinen Willen zwingend einen Verteidiger zu bestellen“.

²⁰ Nochmals JuMiKo-Beschluss, TOP II.18, https://schleswig-holstein.de/DE/Schwerpunkte/JUMIKO2019/Downloads/TOPII_18.html.

²¹ Vgl. insbesondere zu dem unter www.bild.de/politik/inland/politik-inland/barley-will-prozesskosten-hilfe-massiv-ausweiten-59241390.bild.html abrufbaren Artikel *Jahn/Zink*, *StraFo* 2019, 318 (325). Zu der

beklagt, die vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz geplanten Reformen im Recht der notwendigen Verteidigung gingen **über das durch die PKH-Richtlinie erforderliche Maß** hinaus; **Steuergeld** werde investiert, um **frühe Geständnisse** im Strafverfahren **zu verhindern**.

Dies ist, ungeachtet eines irritierenden Bildes vom Sinn und Zweck des Strafverfahrens und überschaubarer **Gesamtkosten** der geplanten Rechtsänderungen in einer **Größenordnung zwischen EUR 680.000 und EUR 830.000 p.a.**,²² schon deshalb unzutreffend, weil zwingende europarechtliche Vorgaben **rote Linien** ziehen, hinter die der deutsche Gesetzgeber selbst dann nicht zurückgehen *könnte*, wenn er dies mehrheitlich *wollte*. Der Ort, diese rechtspolitischen Weichenstellungen zu kritisieren, ist **nicht der Deutsche Bundestag im Oktober 2019**, sondern wäre das **Europäische Parlament im Oktober 2016** gewesen. Das Europäische Parlament hat jedoch mit der Mehrheit von

Pressemitteilung des Deutschen Richterbundes Nr. 21/2019 v. 19. September 2019, in dem der *Verbandsvorsitzende* angesichts der vielbeschriebenen Diskrepanz zwischen objektivem Viktimisierungsrisiko und subjektiver Kriminalitätsfurcht beschrieben Irrationales zum Argument erhebt („Mit der Regelung werden Ermittlungsverfahren von Staatsanwaltschaften und Polizei schwerer zu führen sein. *In Zeiten hoher Kriminalitätsfurcht der Bürger* ist das eine schlechte Botschaft“), bereits v. *Lijnden*, Kontroverse um Reform der Pflichtverteidigung, FAZ-Einspruch v. 19. September 2019, <https://www.faz.net/einspruch/kontroverse-um-reform-der-pflichtverteidigung-16393266.html?premium>.

²² Schätzung auf Grundlage der *BRAK*-Stellungnahme Nr. 21/September 2019 (BE: *Matt/Neuhaus/Brodowski/Jahn*), S. 8 f.; *DAV* Stellungnahme Nr. 36/2019, S. 6.

569 von 677 abgegebenen Stimmen zusammen mit dem Rat – nur gegen die Stimme Polens – mit der Richtlinie (EU) 2016/1919 über Prozesskostenhilfe für Verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren den **zielverbindlichen europäischen Mindeststandard geschaffen.**

2. Das europarechtliche Regressionsverbot als rote Linie

Der Regierungsentwurf²³ weist in der Begründung darauf hin, dass die Staatsanwaltschaft nach den Maßgaben des § 142 Abs. 2 StPO-RegE zur Antragstellung auf eine Pflichtverteidigerbeordnung im Vorverfahren verpflichtet ist, wenn nicht der Beschuldigte selbst einen Antrag nach § 141 Abs. 1 StPO-RegE stellt. Dies gilt auch für die Fälle des § 141 Abs. 2 Nr. 3 StPO-E. Begründet wird dies zu Recht mit dem Regressionsverbot.²⁴

Das **europarechtliche Regressionsverbot**, das rein deklaratorisch auch in Art. 11 der PKH-Richtlinie niedergelegt wird, gebietet es, dass durch die Umsetzung der Richtlinie ein **vorhandenes höheres Schutzniveau** in einem Mitgliedstaat **nicht unterlaufen** wird.²⁵ Die **Legal**

²³ BT-Drucks. 19/13829, S. 39.

²⁴ Zu einem drohenden Verstoß gegen das Regressionsverbot bei der Umsetzung der PKH-RL ausf. *Zink*, *Autonomie und Strafverteidigung zwischen Rechts- und Sozialstaatlichkeit*, 2019, S. 199 ff.

²⁵ *Ludwigs/Sikora*, JuS 2017, 385 (391); *Laenerts*, EuR 2012, 3 (14 ff.); *Streinz/Michl*, in: *Streinz*, EUV/AUEV, 3. Aufl. 2018, Art. 53 Rn. 3; *Jarass*, GRCh, 3. Aufl. 2016, Art. 53 Rn. 3 f.; *Bühler*, *Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta*, 2005, S. 419 ff.

Aid-Richtlinie will den Rechtskreis des Beschuldigten **erweitern, nicht beschneiden.**

Die Vorzüge der rechtsstaatlich motivierten Garantie, dass der Beschuldigte im deutschen System einen Verteidiger haben *muss*, wurden oben zu II.1. bereits beschrieben. Kann dieser deutsche rechtsstaatliche *acquis* auf einmal aufgeweicht werden, nur weil die Richtlinie im Zusammenspiel mit der Zugang zum Rechtsbeistand-Linie von 2013 in Erwägungsgrund 18 von einem *Antragsrecht* des Beschuldigten spricht? Gemünzt ist die Richtlinie hier auf ein „reines“ Prozesskostenhilfe-Modell, in dem ein Antrag auch erforderlich ist. Im deutschen System ist das aus den bereits oben zu II.1. beschriebenen Gründen nicht der Fall. Deshalb heißt es in Erwägungsgrund 18 auch ausdrücklich: „Insbbesondere angesichts der Bedürfnisse schutzbedürftiger Personen sollte ein solcher Antrag jedoch keine materiellrechtliche Voraussetzung für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe sein“. Das ist – auch in der verbindlichen englischen Fassung²⁶ – eindeutig: **Auch bei nicht besonders vulnerablen Beschuldigten kommt es auf den Antrag grundsätzlich nicht an.**

Natürlich gebietet es Art. 4 Abs. 4 S. 1 PKH-RL dann, dass bei einer Vernehmung oder Gegenüberstellung auch jenseits von Vorführungs- und Haftfällen die

²⁶ „Given *in particular* the needs of vulnerable persons, such a request should not, however, be a substantive condition for granting legal aid“.

Verteidigung notwendig ist. Würde man den Maßstab hier nun plötzlich verändern, würde dies gegenüber der jetzigen Rechtslage eine **Absenkung des Schutzniveaus** darstellen. Auch aus **Art. 2 Abs. 1 lit. b PKH-RL** ergibt sich, dass in allen Fällen gleichermaßen Prozesskostenhilfe gewährt werden bzw. die Verteidigung notwendig sein soll, in denen der Beschuldigte **nach nationalem Recht die Unterstützung eines Rechtsbeistands** erhalten muss; hierzulande also immer dann, wenn die Verteidigung notwendig ist. Es liegt deshalb nahe, davon auszugehen, dass die Schutzbedürftigkeit immer dann vorliegt, wenn die Verteidigung notwendig ist.²⁷ Zurückgegriffen werden muss hier naturgemäß auf eine prospektive Beurteilung, wenn also z.B. absehbar ist, dass eine Freiheitsstrafe bestimmter Höhe droht.

3. Ergebnis zum europarechtlichen Mindeststandard
Bedenklich an der Regelungstechnik des Regierungsentwurfs ist deshalb, dass **überhaupt** mit einem **Antragsrecht** gearbeitet wird. Das *Pflicht-*Verteidigungsmodell und ein Regel-*Antrag*serfordernis liegen schon begrifflich quer zueinander.²⁸ Mit der

²⁷ Ähnlich DAV Stellungnahme Nr. 36/2019 (BE: *Conen*), S. 11 f. (Schutzbedürftigkeit als Regelfall).

²⁸ Deshalb ist auch ein Verzichtmodell nicht unionsrechtskonform; es wäre auch wegen des Schriftlichkeitsprinzips nur schwer praktikabel. Ausf. zur europarechtsdogmatischen Begründung – auch im Zusammenspiel mit der Rechtsbeistands-Richtlinie 2013/48/EU – *Jahn/Zink*, StraFo 2019, 318 (325 ff.); *Zink*, Autonomie und Strafverteidigung zwischen Rechts- und Sozialstaatlichkeit, 2019, S. 195 ff.; *BRAK-Stellungnahme* Nr.

Abkehr des RegE von der ursprünglichen Regelungstechnik des RefE vom 11. Oktober 2018 haben die Entwurfsverfasser des § 142 StPO n.F. mit der Kombination von Antragsrecht (Absatz 1) und Bestellung von Amts wegen (Absatz 2) eine Lösung gewählt, die komplexe wissenschaftliche Fragen der europarechtskonformen Auslegung aufzuwerfen geeignet ist.²⁹ Sie dürfte europarechtlich **gerade noch zulässig** sein. Wenn man § 141 Abs. 2 Nr. 3 StPO-E nun auch noch **streichen** würde, wäre dies mit Blick auf das Regressionsverbot **nicht mehr richtlinienkonform**.

IV. Es darf keine weitere Verzichtsmöglichkeit in § 141 StPO-RegE eingeführt werden

In der Stellungnahme des Bundesrates vom 20. September 2019³⁰ wird angeregt, in § 141 StPO-RegE einen neuen Absatz 3 mit einer weiteren Verzichtsmöglichkeit für die Vorführung zur Entscheidung über den Erlass eines Haftbefehls im **beschleunigten Verfahren** nach § 127b Abs. 2 StPO oder für die Fälle des Freiheitsentzugs aufgrund eines

21/September 2019 (BE: *Matt/Neuhaus/Brodowski/Jahn*), S. 8 f.; DAV Stellungnahme Nr. 36/2019, S. 6. A.A. *Peglow*, Schriftliche Stellungnahme des Bund Deutscher Kriminalbeamter e.V. (BDK) zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung (Bundesrat-Drucksache 364/19), S. 10.

²⁹ Für eine erste Einordnung *Jahn/Zink*, StraFo 2019, 318 (325 f.).

³⁰ BR-Drucks. 364/19, S. 1 ff.

Haftbefehls nach § 127b Abs. 2, § 230 Abs. 2 oder § 329 Abs. 3 StPO aufzunehmen.

Dass die Verzichtsmöglichkeit schon grundsätzlich quer zum System notwendiger Verteidigung liegt, bedarf nach dem zu **III.3.** Vorstehenden keiner weiteren Vertiefung. Ihre Ausweitung ist untunlich. Zusätzlich ist gegen die Vorschläge des Bundesrats anzuführen, dass es sich in den Fällen der Vorführung vor einen Haftrichter oder den Fällen des Freiheitsentzugs um Konstellationen handelt, die unabhängig von der Ausgestaltung des nationalen Systems eine **besonders exponierte Stellung** in der PKH-Richtlinie einnehmen: sie sind ausdrücklich von dem *safety net*³¹ des Art. 4 Abs. 4 lit. a und b für **Vorführungs- und Haftfälle** erfasst. Es besteht danach kein nationalstaatlicher Spielraum bei der Umsetzung. Der *merits*-Test ist hier in jedem Fall erfüllt. Wenn nun ausgerechnet in diesen von der Richtlinie als besonders wichtig extrahierten Fällen eine weitere Ausnahme im System der notwendigen Verteidigung gemacht werden soll, wäre dies **unionsrechtswidrig**.

V. Rechtspolitisch sinnvolle Verlängerung der Frist zur Auswechslung des Pflichtverteidigers

Die grundsätzliche Einführung des § 143a Abs. 2 Nr. 1 StPO-RegE, der dem Beschuldigten einen Anspruch auf Auswechslung des Pflichtverteidigers gewährt, ist nicht

³¹ Begriff nach *Cras*, Eucrim 1/2017, 34 (40); vgl. zur Sachfrage schon *Jahn/Zink*, FS Graf-Schlicker, 2018, S. 476 (485).

nur im Hinblick auf die **Qualitätsvorstellungen der PKH-Richtlinie** unerlässlich, sondern nach den Ergebnissen unserer **praktischen Untersuchungen** an der Frankfurter Forschungsstelle für Recht und Praxis der Strafverteidigung auch geboten.³² Allerdings gibt es keinen plausiblen Grund, diese Möglichkeit auf nur zwei Wochen nach der Bestellung zu beschränken.

Eine zeitliche Beschränkung ist mit Blick auf die Belastung der Staatskasse mit Sicherheit sinnvoll. Die **zwei Wochen-Frist** ist allerdings **zu kurz**. Innerhalb dieser zwei Wochen kann allenfalls festgestellt werden, ob *Sympathie* zur Person des Pflichtverteidigers vorliegt. Das notwendige *Vertrauen* in der Mandatsbeziehung gründet aber in erster Linie auf die tatsächliche Beistandsleistung des Pflichtverteidigers, die innerhalb dieser kurzen Frist kaum sinnvoll mit Sachverhalt aus Verteidigungsaktivitäten unterlegt werden kann.³³ Nach zwei Wochen wäre im Falle einer Inhaftierung allenfalls eine erste Haftprüfung erreicht. Ist der Beschuldigte nicht inhaftiert, hat der Verteidiger innerhalb von zwei Wochen häufig noch keine, jedenfalls keine vollständige Akteneinsicht, und typischerweise erst recht keine

³² Jahn, Zur Rechtswirklichkeit der Pflichtverteidigerbestellung, 2014, S. 143 ff.

³³ Ausf. dazu Jahn/Zink, Ist Vertrauen ein Qualitätsmerkmal notwendiger Verteidigung? Lehren und Belehrungen aus der Legal Aid-Richtlinie und ihrer Umsetzung im Gesetz zur Neuregelung der notwendigen Verteidigung, in: Strafverteidigung 2020 (ZiF-Symposium für Stephan Barton), 2020 (*erscheint demnächst*), vgl. <http://www.jura.uni->

ausreichenden Zeitfenster, zusammen mit dem Mandanten den Inhalt der Akten zu erörtern. Vor allem am Anfang einer Mandatsbeziehung ist das Mandatsverhältnis von einem Vertrauensvorschuss seitens des Beschuldigten geprägt. Ob dieses Vertrauen gerechtfertigt ist zeigt sich meist erst später im Laufe des Verfahrens. Für eine richtlinienkonforme Umsetzung wäre daher ein Anspruch auf Auswechslung des Pflichtverteidigers bis zur Eröffnung des Hauptverfahrens geboten. Daher sollte § 143a Abs. 2 StPO n.F. wie folgt gefasst werden:

§ 143a Verteidigerwechsel

...

- (2) Die Bestellung des Pflichtverteidigers ist aufzuheben und ein neuer Pflichtverteidiger zu bestellen, wenn
1. der Beschuldigte, dem ein anderer als der von ihm innerhalb der nach § 142 Abs. 5 S. 1 bestimmten Frist bezeichnete Verteidiger beigeordnet wurde oder dem zur Auswahl des Verteidigers nur eine kurze Frist gesetzt wurde, ~~innerhalb von zwei Wochen nach Bekanntmachung der gerichtlichen Entscheidung über die Bestellung~~ bis zur Eröffnung des Hauptverfahrens beantragt, ihm einen anderen von ihm bezeichneten Verteidiger zu bestellen, und dem kein wichtiger Grund entgegensteht;

VI. Technischer Änderungsbedarf bei den Rechtsmitteln

Das BMJV will für das **Rechtsmittelrecht** der Pflichtverteidigung eine **Vereinheitlichung** schaffen.³⁴

Das ist **zu begrüßen**.

Dem Beschuldigten soll nach dem Entwurf gegen alle Entscheidungen über die Pflichtverteidigerbestellung die **sofortige Beschwerde** im Sinne des § 311 StPO zustehen.³⁵ Dies ist in § 142 Abs. 7 StPO-RegE, § 143 Abs. 3 StPO-RegE und § 143a Abs. 4 StPO-RegE ausdrücklich normiert. § 144 Abs. 3 StPO-RegE verweist zudem auf § 142 Abs. 7 S. 1 StPO-RegE und erklärt damit ebenfalls den Rechtsbehelf der sofortigen Beschwerde für anwendbar. Einzig **§ 142 Abs. 7 S. 2 StPO-RegE** erklärt die sofortige Beschwerde für die Fälle, in denen der Beschuldigte einen Antrag auf Auswechslung des Pflichtverteidigers gemäß § 143a Abs. 2 Nr. 1 stellen kann, für „**ausgeschlossen**“.³⁶

Dieser Ausschluss ist nicht recht nachvollziehbar. Einerseits will er für das Recht der Pflichtverteidigung einheitlich die sofortige Beschwerde als Rechtsbehelf vorsehen, andererseits schließt der Entwurf sie hier, isoliert und ohne jede weitere Begründung, aus.

In diesen Fällen wäre nach den allgemeinen Regeln mithin die „normale“ Beschwerde statthaft, da

³⁴ BT-Drucks. 19/13829, S. 3, 25 f.

³⁵ BT-Drucks. 19/13829, S. 3.

³⁶ BT-Drucks. 19/13829, S. 42 f.

ansonsten eine unionsrechtswidrige Rechtsschutzlücke bestünde. Die sofortige Beschwerde hat keine Nachteile gegenüber der Revision und führt zu effizienten Verfahren und Rechtssicherheit. Jedenfalls in den Fällen, in denen der Antrag des Beschuldigten auf **Auswechslung** gemäß § 143a Abs. 2 Nr. 1 StPO-RegE **abgelehnt** wird, sollte dem Beschuldigten aus den zutreffenden Gründen der Vereinheitlichung **ebenfalls** die **sofortige Beschwerde** zustehen und nicht lediglich die einfache Beschwerde. Es wäre aber denkbar, die sofortige Beschwerde als subsidiär gegenüber dem Antrag aus § 143a Abs. 2 Nr. 1 StPO-E auszugestalten:

§ 142 StPO-RegE

Zuständigkeit und Bestellungsverfahren

...

- (7) „¹Gerichtliche Entscheidungen über die Bestellung eines Pflichtverteidigers sind mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar. ²~~Sie ist ausgeschlossen, wenn~~ Sofern der Beschuldigte einen Antrag nach § 143a Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 stellen kann, ist dieser vorrangig.“

VII. Zusammenfassende Bewertung

Einerseits ist der Bundesrepublik Deutschland, fast ein halbes Jahr nach Ablauf der Umsetzungsfrist für die PKH-Richtlinie, das **Aufforderungsschreiben** nach Art. 258 Abs. 1 letzter Hs. AEUV schon vor drei Monaten zugegangen,³⁷ so dass sich ein für Deutschland potentiell kostenträchtiges **Vertragsverletzungsverfahren** nunmehr konkret abzuzeichnen droht. Zudem sind zahlreiche Strafverfahren in dem derzeitigen Interim wegen der europarechtlich vorgezeichneten **Wirkungen** der noch **nicht umgesetzten Legal Aid-Richtlinie** für das geltende Recht der notwendigen Verteidigung³⁸ mit **erheblichen prozessualen Risiken** einschließlich

³⁷ Nr. 20190182 v. 23. Juli 2019, http://ec.europa.eu/atwork/applying-eu-law/infringements-proceedings/infringement_decisions/?lang_code=en

³⁸ Zutr. *Kaniess*, HRRS 2019, 201 (205); *Burhoff*, StRR 2019, 5 ff. sowie *GenStA Bremen*, Handreichung zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/1919 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2016 über Prozesskostenhilfe für Verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren sowie für gesuchte Personen in Verfahren zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls (ABl. L 297 vom 4.11.2016, S. 1; L 91 vom 5.4.2017, S. 40) – PKH-Richtlinie (Stand: 5. Juni 2019) – Gz. 110/4100/2019-2 – , S. 5: „Im Hinblick auf Art. 4 Abs. 5 der PKH-Richtlinie hat die Staatsanwaltschaft bei einer richtlinienkonformen Auslegung von § 141 Abs. 3 S. 1 und 2 StPO in Fällen der notwendigen Verteidigung künftig einen Antrag auf Bestellung eines Verteidigers unverzüglich und spätestens vor einer Befragung durch die Polizei, eine andere Strafverfolgungsbehörde oder eine Justizbehörde oder vor der Durchführung einer der in Artikel 2 Abs. 1 Buchst. c genannten Ermittlungs- oder Beweiserhebungshandlungen zu stellen“. Zweifelnd hingegen *KG*, Beschl. v. 4. Juli 2019 – 4 Ws 62/19 161 AR 138/19, BeckRS 2019, 18928 Tz. 5 und a.A. – obiter dictu – *BGH (ER)*, Beschl. v. 4. Juni 2019 – 1 BGs 170/19, n.v. Dieser Beschluss des *BGH-Ermittlungsrichters* kann europarechtlicher Nachprüfung indes nicht standhalten, soweit er eine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung des deutschen Rechts verneint.

etwaiger Beweisverwertungsverbote für Vernehmungen ohne ausreichenden Beistand eines Pflichtverteidigers belastet.³⁹ Weitere Verzögerungen sind schädlich. Das Gesetzgebungsverfahren sollte deshalb auf der **Basis des Regierungsentwurfs, aber mit Nachbesserungen** zügig seinen Fortgang nehmen.

Andererseits wird die Bundesrepublik Deutschland die „**angemessene Qualität**“ des deutschen Systems im **Monitoring-Verfahren** nach Art. 10 Abs. 2 PKH-RL gegenüber der EU-Kommission bereits zum **25. Mai 2022** nachzuweisen haben. Hier werden europaweit gültige Qualitätskriterien zur Anwendung kommen, die auf **fiskalische Interessen deutscher Bundesländer** und andere Motive keine Rücksicht nehmen.⁴⁰ Eine Unterschreitung der vorstehend dargestellten Mindeststandards bei der Richtlinienumsetzung wird hier, ganz im Gegenteil, zu schmerzlichen Konsequenzen führen.

³⁹ Ausf. dazu *Jahn/Zink*, StraFo 2019, 318 (320); für die Kinderrechtsrichtlinie ebenso *Eckel/Körner*, NSZ 2019, 433 (435).

⁴⁰ Vgl. bereits *Jahn/Zink*, FS Graf-Schlicker, 2018, S. 476 (478). Dass es wünschenswert gewesen wäre, die Pflichtverteidiger-Auswahlentscheidung auf die Anwaltschaft zu verlagern (vgl. FDP-Entschließungsantrag „Für eine konsequente Umsetzung der PKH-Richtlinie“, BT-Drucks. 19/14036 v. 16. Oktober 2019, S. 2 Ziff. 7 sowie den ausformulierten BRAO-Gesetzesvorschlag von *Schlothauer/Neuhaus/Matt/Brodowski*, HRRS 2018, 55 [61]), steht in diesem Zusammenhang ebenfalls außer Frage. Aus Gründen, die hier nicht mehr thematisiert werden müssen, hat die deutsche Rechtsanwaltschaft diese durch die Legal Aid-Richtlinie eröffnete historische Chance passieren lassen.

Dem Bundesgesetzgeber ist **anzuraten**,

- die **Feststellung der Notwendigkeit** der Verteidigung **zeitlich vorzuverlagern**, um eine Beiordnung *vor* einer ersten verantwortlichen polizeilichen Vernehmung in allen relevanten Fällen sicherzustellen, wie es in anderen Mitgliedsstaaten der EU und in der Schweiz längst gelebte Rechtspraxis ist (Einführung des „**Pflichtverteidigers der ersten Stunde**“)⁴¹ und
- **den Katalog des § 140 Abs. 1 Nr. 3 StPO-RegE** für Haft- oder Vorführungsfälle und, Impulse aus der Rechtsprechung des *Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechts* aufnehmend,⁴² ab einer

⁴¹ *Brodowski*, Pflichtverteidigung ab der ersten Stunde – Europa liefert! StV 08/2017, S. I (Editorial), http://www.strafverteidiger-stv.de/system/files/users/user5/Editorial_StV_2017_08.pdf.

⁴² Klarzustellen ist, dass der *EGMR* in *Mikhaylova vs. Russland* (Urt. v. 19.11.2015 – 4699888/08, Tz. 82) ausgebracht hat, dass der EMRK ein konkreter Schwellenwert nicht zu entnehmen ist. Es ist deshalb es ein Leichtes ist, für diverse – sich widersprechende – Schwellenwerte jeweils Einzelfallentscheidungen des *EGMR* anzuführen (vgl. etwa FDP-Entschließungsantrag „Für eine konsequente Umsetzung der PKH-Richtlinie“ auf BT-Drucks. 19/14036 v. 16. Oktober 2019, S. 2 Ziff. 6), siehe den instruktiven Überblick bei MüKo-StPO-EMRK/*Gaede*, Bd. 3/2, 2018, Art. 6 Rn. 210. Die Rechtsprechung des *EGMR* wirkt hier allenfalls insoweit richtungsweisend, als dass Werte ab einer Mindeststrafferwartung von sechs Monaten auch rechtspolitisch durchsetzbar erscheinen, vgl. *Jahn/Zink*, „(Wie) Wolle mer se reilasse?“, Verteidiger der ersten Stunde auch in Deutschland ante portas. Bewertung der Vorschläge und Positionen zur Reform des Rechts der notwendigen Verteidigung in Deutschland unter rechtswissenschaftlichen und justizpolitischen Aspekten, in: *Psychologie des Strafverfahrens* (43. Strafverteidigertag Regensburg 2019), (Hrsg.) Strafverteidigervereinigungen. 2020 (*erscheint demnächst*).

Straferwartung von sechs Monaten greifen zu
lassen
