

**Prof. Dr. Robert Esser**

Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht

Forschungsstelle Human Rights in Criminal Proceedings (HRCP)



## **Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung**

### **Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren und zur Änderung des Schöffenrechts (BT-Drucks. 18/9534)**

Die Artikel 1 bis 6 des Gesetzentwurfs dienen der Umsetzung der **Richtlinie 2013/48/EU** des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2013 über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren und in Verfahren zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls sowie über das Recht auf Benachrichtigung eines Dritten bei Freiheitsentzug und das Recht auf Kommunikation mit Dritten und mit Konsularbehörden während des Freiheitsentzugs (ABl. L 294 vom 6.11.2013, S. 1; im Folgenden: RL).

Die Umsetzung der RL hatte bis zum **27.11.2016** zu erfolgen (Art. 15 Abs. 1 RL).

Der Titel des Gesetzentwurfs vermittelt den Eindruck einer sehr weitgehenden „Stärkung“ von Beschuldigten(verfahrens)rechten. Im Wesentlichen handelt es sich allerdings lediglich um eine gesetzliche Fixierung bereits etablierter Rechtsprechung sowie um eine gesetzliche Klärstellung von Vorgaben der EMRK und des WÜK, die als Elemente der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) und des Internationalen Gerichtshofs (IGH) bereits im Wege einer völkerrechtskonformen Auslegung im nationalen Recht zu beachten sind.

#### **I. Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der (ersten) polizeilichen Vernehmung des Beschuldigten (§ 163a StPO)**

##### **1. Ausgangslage**

Die StPO sieht bei der **richterlichen** und **staatsanwaltschaftlichen Vernehmung des Beschuldigten** (§ 168c Abs. 1; § 163a Abs. 3 Satz 2 i.V.m. § 168c Abs. 1 StPO) – über die allgemeine Regelung des § 137 Abs. 1 Satz 1 StPO hinausgehend – explizit ein **Anwesenheitsrecht des Verteidigers** „bei der Vernehmung“ vor („die Anwesenheit gestattet“).

Für die **polizeiliche Vernehmung** im Allgemeinen und die erste polizeiliche Vernehmung im Besonderen fehlt eine diesbezügliche gesetzliche Regelung. Ein Anwesenheitsrecht des Ver-

teidigers in dieser frühen und für den Beschuldigten sensiblen Phase des gesamten Strafverfahrens wird derzeit nur mittelbar über das allgemeine Recht des *Beschuldigten* auf den Beistand eines Verteidigers (§ 137 Abs. 1 Satz 1 StPO; Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 EMRK<sup>1</sup>) bzw. über das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) hergeleitet.

**Art. 3 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 lit. a und lit. b der RL 2013/48/EU** sieht ausdrücklich vor:<sup>2</sup>

**Artikel 3 Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand im Strafverfahren**

(1) *Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Verdächtigen und beschuldigten Personen das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand **so rechtzeitig und in einer solchen Art und Weise zukommt, dass die betroffenen Personen ihre Verteidigungsrechte praktisch und wirksam wahrnehmen können.***

(2) <sup>1</sup>*Verdächtige oder beschuldigte Personen können unverzüglich Zugang zu einem Rechtsbeistand erhalten. <sup>2</sup>In jedem Fall können Verdächtige oder beschuldigte Personen ab dem zuerst eintretenden der folgenden Zeitpunkte Zugang zu einem Rechtsbeistand erhalten:*

- a) *vor ihrer Befragung durch die Polizei oder andere Strafverfolgungs- oder Justizbehörden;*
- b) *ab der Durchführung von Ermittlungs- oder anderen Beweiserhebungshandlungen durch Ermittlungs- oder andere zuständige Behörden gemäß Absatz 3 Buchstabe c;*
- c) *unverzüglich nach dem Entzug der Freiheit;*
- d) *wenn der Verdächtige oder die beschuldigte Person vor ein in Strafsachen zuständiges Gericht geladen wurde, rechtzeitig bevor der Verdächtige oder die beschuldigte Person vor diesem Gericht erscheint.*

(3) *Das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand umfasst Folgendes:*

a) *Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Verdächtige oder beschuldigte Personen das Recht haben, mit dem Rechtsbeistand, der sie vertritt, unter vier Augen zusammenzutreffen und mit ihm zu kommunizieren, auch vor der Befragung durch die Polizei oder andere Strafverfolgungs- oder Justizbehörden.*

b) *Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Verdächtige oder beschuldigte Personen ein Recht darauf haben, dass ihr Rechtsbeistand bei der Befragung zugegen ist und wirksam daran teilnimmt. Diese Teilnahme erfolgt gemäß den Verfahren des nationalen Rechts, sofern diese Verfahren die wirksame Ausübung und den Wesensgehalt des betreffenden Rechts nicht beeinträchtigen. Nimmt ein Rechtsbeistand während der Befragung teil, wird die Tatsache, dass diese Teilnahme stattgefunden hat unter Verwendung des Verfahrens für Aufzeichnungen nach dem Recht des betreffenden Mitgliedstaats schriftlich festgehalten.<sup>3</sup> [...]*

Aus menschenrechtlicher Perspektive (EMRK) ist eine klarstellende gesetzliche Regelung zum Recht auf Anwesenheit und Mitwirkung des Verteidigers „bei der polizeilichen Vernehmung“ in der StPO geboten.

**Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK** garantiert das Recht jeder „*angeklagten Person*“ [= Beschuldiger], „*sich selbst zu verteidigen, sich durch einen Verteidiger ihrer Wahl verteidigen zu lassen oder, falls ihr die Mittel zur Bezahlung fehlen, unentgeltlich den Beistand eines Verteidigers zu erhalten, wenn dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist*“.

<sup>1</sup> Siehe etwa: EGMR (GK), *Salduz/Türkei*, UrT. v. 27.11.2008, Nr. 36391/02, NJW 2009, 3707.

<sup>2</sup> ABl. EU Nr. L 294 v. 6.11.2013, S. 1.

<sup>3</sup> Siehe außerdem ErwG Nr. 25 der RiL 2013/48/EU.

Der EGMR interpretiert die strafrechtliche „Anklage“ i.S.d. Art. 6 EMRK weit (vergleichbar etwa dem deutschen Begriff des „Beschuldigten“) und hat den Schutzgehalt der Art. 6 Abs. 3 *lit.* b und *lit.* c EMRK im Laufe der Jahre zu einem Recht auf „**effektive Verteidigung**“ erweitert.

Ansätze dahingehend, dass der **EGMR** das Recht auf Zugang zum Verteidiger nur dann als effektiv und gewahrt ansieht, wenn bei jeder, auch schon der (ersten) polizeilichen, Vernehmung ein Verteidiger anwesend sein *darf*, finden sich etwa in den Urteilen Pishchalnikov / Russland, Urt. v. 24.9.2009, Nr. 7025/04 (§ 79), Panovits / Zypern, Urt. v. 11.12.2008, Nr. 4268/04 (§ 66) und Brusco / Frankreich, Urt. v. 14.10.2010, Nr. 1466/07 (§ 45); Nechto / Russland, Urt. v. 24.1.2012, Nr. 24893/05 (§ 103).

Ist dem Verteidiger die Anwesenheit und damit auch die Mitwirkung bei der polizeilichen Vernehmung des Beschuldigten verwehrt, ist das Recht auf Verteidigung aus Sicht der EMRK nicht effektiv.<sup>4</sup> Eine subtile Unterscheidung zwischen polizeilicher und staatsanwaltlicher Vernehmung, soweit sie Auswirkungen auf die Beschuldigtenrechte haben sollte, dürfte vom EGMR als willkürlich eingestuft werden. Der Gerichtshof hat mehrfach betont, dass Ermittlungsmaßnahmen gerade im frühen Stadium des Verfahrens für dessen weiteren Gang von entscheidender Bedeutung sind.<sup>5</sup>

Dass für die polizeiliche Vernehmung auf eine *gesetzliche* Regelung des Anwesenheitsrechts des Verteidigers bislang verzichtet wird, ist von der Gesetzestechnik her betrachtet **widersprüchlich** und gibt zu **Spekulationen Anlass**, dass ein solches Anwesenheitsrecht des Verteidigers „bei der polizeilichen Vernehmung“ gar nicht oder nur eingeschränkt gewährleistet ist. Dies bestätigt sich immer wieder bei Diskussionen mit ausländischen Wissenschaftlern und Praktikern über den Schutzgehalt des § 163a Abs. 4 StPO.

## 2. Bewertung

a) Die geplanten Änderungen orientieren sich eng an den **Vorgaben der RL 2013/48**. Sie beschränken sich dabei weitgehend auf das **europa- und menschenrechtliche Minimum**.

Zudem wird nur eine Detailfrage innerhalb des durch insgesamt **drei** EU-Richtlinien vorgegebenen unionsrechtlichen Regelungsrahmens im Kontext „effektive Verteidigung im Ermittlungsverfahren“ angesprochen. Allerdings ist diese Fragestellung von den später zu regelnden Fragen **inhaltlich trennbar**.

<sup>4</sup> Vgl. *Esser/Gaede/Tsambikakis*, NStZ 2011, 140, 145; siehe auch: LR/Esser, EMRK, Art. 6 Rn. 607; SK-StPO/Paeffgen, 4. Aufl., Band X, EMRK, Art. 6 Rn. 138 b.

<sup>5</sup> Exemplarisch etwa EGMR, Vanfuli / Russland, Urt. v. 3.11.2011, Nr. 24885/05, § 95: „The Court further emphasises the importance of the investigation stage for the preparation of the criminal proceedings, as the evidence obtained during this stage determines the framework in which the offence charged will be considered at the trial [...]. At the same time, an accused often finds himself in a particularly vulnerable position at that stage of the proceedings, the effect of which is amplified by the fact that legislation on criminal procedure tends to become increasingly complex, notably with respect to the rules governing the gathering and use of evidence. In most cases, this particular vulnerability can only be properly compensated for by the assistance of a lawyer whose task is, among other things, to help to ensure respect for the right of an accused not to incriminate himself.“

Die gesetzlichen Ergänzungen sind **aus Gründen der Klarstellung notwendig** – auch wenn viele der Einzelfragen bereits durch die Rechtsprechung schon hinreichend geklärt sind. Rechtsprechung kann sich ändern – Gesetzesänderungen bedürfen parlamentarischer Mehrheiten.

In einem Rechtsstaat sollten zentrale Fragen und Garantien der Strafverteidigung im Gesetz geregelt sein und nicht der dynamischen Entwicklung am richterlich zu entscheidenden Einzelfall überlassen werden.

b) Die geplante Neuregelung in **§ 136 Abs. 1 Satz 3 und Satz 4 StPO** („*allgemeine Informationen zur Verfügung zu stellen, die es ihm erleichtern, einen Verteidiger zu kontaktieren*“ / „*Hinweis auf bestehende anwaltliche Notdienste*“) setzt Art. 3 Abs. 1 RL (*Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand* „*so rechtzeitig und in einer solchen Art und Weise zukommt, dass die betroffenen Personen ihre Verteidigungsrechte praktisch und wirksam wahrnehmen können.*“) in gebotener Weise um.

Allerdings suggeriert Satz 4 der Neuregelung („**Hinweis auf Notdienste**“) ein durchgehend vorhandenes System solcher anwaltlichen Notdienste. Davon kann allerdings nur in größeren Städten die Rede sein.

Zudem darf der Hinweis auf die Notdienste dem Beschuldigten nicht so kommuniziert werden, dass dieser den Eindruck gewinnt, er müsse zwingend aus dem Kreis der dort organisierten Anwälte einen Verteidiger wählen.

Die Frage der Beiordnungspflicht spricht weder die RL 2013/48 noch die gesetzliche Neuregelung an – sie ist Gegenstand der RL 2016/1919 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2016 („Prozesskostenhilfe“; vgl. auch ErwG Nr. 27).

Ein gewisses Manko der Neuregelung in § 136 StPO bleibt, dass die Vorschrift weiterhin in einem „**Belehrungs- und Hinweispflichten-Konzept**“ verharrt – d.h. staatliche Obliegenheiten im Umgang mit dem Beschuldigten in den Mittelpunkt rückt, nicht aber explizit und unmittelbar „Rechte“ des Beschuldigten verbrieft.

c) Mit dem neu eingefügten Verweis in **§ 163a Abs. 4 Satz 2 StPO** auf § 168c Abs. 1 StPO wird zunächst nur das *Anwesenheitsrecht* des Verteidigers an der Vernehmung des Beschuldigten klargestellt.

Art. 3 der RL [*Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand im Strafverfahren*] normiert in Absatz 3 das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand und verlangt inhaltlich (*lit. b*) darüber hinaus, dass der *Rechtsbeistand an der „Befragung wirksam [daran] teilnimmt“*, genauer, teilnehmen kann.

Durch den neu einzufügenden Satz 2 in § 168c Abs. 1 StPO (Erklärungsrecht, Fragerecht), auf den der geplante § 163a Abs. 4 Satz 2 StPO n.F. ebenfalls verweist, wird diese „*effektive Teilnahme*“ an der „Befragung“ sichergestellt.

Die durch **§ 241 Abs. 2 StPO** und **§ 241a StPO** in Bezug genommenen Beschränkungen stellen die geforderte „Effektivität“ der Mitwirkung des Verteidigers nicht in Frage, *wenn* die Vorschriften in der Praxis in enger Anlehnung an die einschlägige Judikatur des EGMR gehandhabt werden.

## II. Benachrichtigung von Angehörigen bzw. der Konsularbehörden aus Anlass einer Freiheitsentziehung (Festnahme / Verhaftung)

Der durch die RL 2013/48/EU und die Judikatur des IGH zu Art. 36 WÜK vorgegebene Rahmen wird in den §§ 114b, 114c StPO zutreffend umgesetzt.

Eine stärkere „Implementierung“ der zahlreichen Inhalts- und Auslegungsfragen des Art. 36 WÜK in den Regelungskontext der §§ 114b, 114c StPO wäre gleichwohl aus Klarstellungsgründen wünschenswert – etwa durch eine zusätzliche Vorschrift, inhaltlich orientiert in Anlehnung an **Art. 7 RL** und an **Art. 36 WÜK** selbst.

Die durch den Gesetzesvorschlag vorgenommene **Aufwertung der Ausnahmetatbestände** (§ 114b Abs. 2 Satz 1 Nr. 6, §§ 114c Abs. 1 StPO) durch die Forderung nach einer „Erheblichkeit“ der dort genannten Gefährdungstatbestände ist zu begrüßen, weil dies den Begründungsaufwand für den jeweiligen Einzelfall erhöht und damit den rechtsstaatlichen Kern der Hinweis- und Benachrichtigungspflichten stärkt.

## III. Schutz der Verteidigung im Rahmen sog. Anbahnungsgespräche<sup>6</sup>

### § 148 StPO

*(1) Dem Beschuldigten ist, auch wenn er sich nicht auf freiem Fuß befindet, schriftlicher und mündlicher Verkehr mit dem Verteidiger gestattet. [...]*

§ 148 Abs. 1 StPO setzt in seiner derzeitigen sprachlichen Fassung ein bestehendes Verteidigungsverhältnis voraus („mit dem Verteidiger“). Auch die zentrale Vorschrift über die Gewährleistung eines Verteidigerbeistandes im gesamten Strafverfahren (§ 137 Abs. 1 Satz 1 StPO) spricht davon, dass der Beschuldigte sich in jeder Lage des Verfahrens des Beistandes *eines* *Verteidigers* bedienen kann (§ 137 Abs. 1 Satz 1 StPO).

Ob Anbahnungsgespräche, d.h. die Kontaktaufnahme im Vorfeld der Mandatierung (Wahlverteidiger) oder Bestellung (Pflichtverteidiger), überhaupt vom Schutzgehalt des § 148 StPO erfasst sind bzw. sein sollen, ist daher umstritten. Während der wohl überwiegenden Ansicht nach der Schutzbereich des § 148 Abs. 1 StPO grundsätzlich erst nach Erteilung und Annahme des Mandats bzw. durch Bestellung eröffnet sein soll und nicht schon im Zeitpunkt der Anbahnung, interpretiert eine andere Ansicht die Vorschrift weit und fasst auch ein sog. Anbahnungsverhältnis darunter.

<sup>6</sup> Die nachfolgenden Ausführungen orientieren sich an meinen Äußerungen im Rahmen der StPO-Expertenkommission des BMJV (2014-2015).

Normtext und Regelungsgehalt des **Art. 4 iVm Art. 3 Abs. 1, Abs. 2 RL 2013/48/EU v. 22.10.2013** sprechen dafür, dass zur [„praktischen und wirksamen“ (!), Art. 3 Abs. 1 RiL] „Wahrnehmung des Rechts auf Zugang zu einem Rechtsbeistand auch schon Anbahnungsgespräche gehören:

#### **Art. 4**

##### **Vertraulichkeit**

<sup>1</sup>Die Mitgliedstaaten beachten die Vertraulichkeit der Kommunikation zwischen Verdächtigen oder beschuldigten Personen und ihrem Rechtsbeistand **bei der Wahrnehmung des im Rahmen dieser Richtlinie vorgesehenen Rechts auf Zugang zu einem Rechtsbeistand**. <sup>2</sup>Eine solche Kommunikation umfasst auch Treffen, Schriftverkehr, Telefongespräche und sonstige nach nationalem Recht zulässige Kommunikationsformen.

**Erwägungsgrund Nr. 23** der RL spricht zwar vom „Rechtsbeistand, der sie vertritt“ (was ein Mandatsverhältnis bzw. die Bestellung voraussetzt), hebt aber die Schutzbedürftigkeit *vorberreitender* Kommunikation immerhin deutlich hervor:

*(23) Verdächtige oder beschuldigte Personen sollten das Recht haben, **mit dem Rechtsbeistand, der sie vertritt**, zu kommunizieren. Diese Kommunikation kann in jedem Verfahrensstadium erfolgen, **auch bevor das Recht, mit diesem Rechtsbeistand zusammenzutreffen, ausgeübt wird.***

Für eine Einbeziehung der Anbahnung in die Vertraulichkeit des Mandatsverhältnisses (jedenfalls bei Personen, denen die Freiheit entzogen wird), lässt sich schließlich **Erwägungsgrund Nr. 25** der RL anführen:

*(28) Wenn Verdächtigen oder beschuldigten Personen **die Freiheit entzogen wird**, sollten die Mitgliedstaaten **die notwendigen Vorkehrungen treffen, um sicherzustellen, dass die Betroffenen in der Lage sind, ihr Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand wirksam auszuüben**, wozu auch gehört, die Unterstützung durch einen Rechtsbeistand zu ermöglichen, wenn sie keinen Rechtsbeistand haben, es sei denn, sie haben auf dieses Recht verzichtet. Zu diesen Vorkehrungen könnte es unter anderem gehören, dass die zuständigen Behörden für die Unterstützung durch einen Rechtsbeistand anhand einer Liste der zur Verfügung stehenden Rechtsbeistände sorgen, unter denen der Verdächtige oder die beschuldigte Person wählen könnte. Derartige Vorkehrungen könnten gegebenenfalls die Vorkehrungen für die Prozesskostenhilfe umfassen.*

Die Einbeziehung des Anbahnungsverhältnisses in den Schutzbereich des § 148 StPO macht übereilte Mandatierungen bzw. Verteidigerbestellungen entbehrlich. Insbesondere die Position des Beschuldigten bei der freien Wahl eines geeigneten Rechtsbeistandes würde gestärkt.

Auch der **EGMR** sieht die Gespräche zwischen einem Tatverdächtigen und einem zur Strafverteidigung Berechtigten bereits vor Beginn des eigentlichen Mandatsverhältnisses als geschützt an. Für die Vertraulichkeit der Kommunikation Beschuldigter mit ihrem Rechtsbeistand (**alsbald, ohne Zuhörer<sup>7</sup>, ohne Überwachung, Kontrolle, Aufzeichnung** sowie prinzipiell **ohne zeitliche Begrenzung**)<sup>8</sup> einschlägig ist neben **Art. 6 EMRK** auch **Art. 8 EMRK**.

<sup>7</sup> EGMR, Rybacki / Polen, 13.01.2009, 52479/99, § 56 („The right of the defendant to communicate with his advocate out of hearing of a third person is part of the basic requirements of a fair trial in a democratic society and follows from Article 6 § 3 (c). (...) However, if a lawyer were unable to confer

Nach Ansicht des EGMR darf der Schriftverkehr zwischen Anwalt und Inhaftiertem nur dann überwacht werden, wenn der begründete Verdacht auf Missbrauch dieser Überwachungsprivilegierung besteht, wodurch die Sicherheit der Anstalt oder anderer Personen gefährdet wird.<sup>9</sup>

Dabei ist hervorzuheben, dass der Gerichtshof den Begriff „*lawyer*“ (und nicht etwa „*defence counsel*“ o.ä.) wählt, sodass terminologisch einiges dafür spricht, neben bereits bestellten Strafverteidigern auch sonstige Rechtsanwälte, etwa im Rahmen eines Anbahnungsverhältnisses, mit in die Privilegierung des Art. 8 EMRK einzubeziehen.

Jedenfalls bei einem in *anderer* Sache bereits bestehenden Mandatsverhältnis hält der Gerichtshof fest, dass der Briefverkehr zwischen Inhaftiertem und Rechtsanwalt („*lawyer*“) sowohl in laufenden als auch in bevorstehenden Verfahren an der Privilegierung des Art. 8 EMRK teilnimmt.<sup>10</sup>

In den sachlichen Schutzgehalt des § 148 Abs. 1 StPO fallen nach Maßgabe der RL 2013/48/EU auch im Vorfeld der Mandatierung bzw. Bestellung stattfindende Anbahnungsgespräche.

Ergänzend zu einer sich jüngst in der höchstrichterlichen Rechtsprechung (BGH, NJW 2014, 1314) andeutenden Einbeziehung der Anbahnungsgespräche in den Schutzbereich des § 148 Abs. 1 StPO sollte der Gesetzgeber im Wege einer klarstellenden Regelung in der StPO sich zugunsten des ungestörten Verkehrs zwischen Beschuldigtem und Rechtsbeistand für einen Schutz der Kommunikation in der frühen ersten Phase der „*Verteidigung*“ entscheiden:

#### § 148 StPO

(1) Dem Beschuldigten ist, auch wenn er sich nicht auf freiem Fuß befindet, schriftlicher und mündlicher Verkehr mit dem Verteidiger gestattet. [...]

**(2) Eine schriftliche oder mündliche Korrespondenz zwischen einem Beschuldigten und einer als Verteidiger in Betracht kommenden Person (§ 138 Abs. 1 StPO), die der Aufnahme eines Verteidigungsverhältnisses dient, darf nicht überwacht werden.**

(3) [Ausnahmen]

---

with his client and receive confidential instructions from him without such surveillance, his assistance would lose much of its effectiveness whereas the Convention is intended to guarantee rights that are practical and effective.”).

<sup>8</sup> EGMR, *Oferta Plus S.R.L. / Moldawien*, 19.12.2006, 14385/04, § 145 = NJW 2007, 3409 (zu Art. 34 EMRK).

<sup>9</sup> EGMR, *Campbell / UK*, Urt. v. 25.3.1992, Nr. 13590/88, Rn. 48 („contemplated proceedings“ in einem bereits in anderer Sache bestehenden Anwaltsverhältnis).

<sup>10</sup> EGMR, *Petrov / Bulgarien*, Urt. v. 22.5.2008, Nr. 15197/02, Rn. 43 (obiter dictum): „*Correspondence with lawyers, whether it concerns contemplated or pending proceedings or is of a general nature, is in principle privileged under Article 8 of the Convention and its routine scrutiny is not in keeping with the principles of confidentiality and professional privilege attaching to relations between a lawyer and his client.*“ (in Anlehnung an *Campbell*).

#### IV. Effektiver Zugang zum Rechtsbeistand bei Festnahme auf der Grundlage eines EuHb

Es ist verwunderlich, dass der Gesetzentwurf einerseits im Bereich der StPO um eine hinreichende Klarstellung des Zugangsrechts des Beschuldigten zu einem Verteidiger pp. bemüht ist, andererseits im Bereich der Internationalen Rechtshilfe glaubt, sich auf die „**Generalklausel**“ des § 40 Abs. 1 IRG („Der Verfolgte kann sich in jeder Lage des Verfahrens eines Beistands bedienen.“) und den „**Pauschalverweis**“ des § 77 Abs. 1 IRG (und § 78 Abs. 1 IRG) auf die Vorschriften der StPO beschränken zu können.

Gerade durch die sorgsame Klarstellung von Zugangs-, Mitwirkungs- und Kommunikationsstandards im Bereich der StPO einerseits und der diesbezüglichen Zurückhaltung des Gesetzentwurfs im Kontext des IRG werden neue künstliche „Widersprüche“ erzeugt, die Anlass geben könnten, über einen abgeschwächten Standard von „Verfolgten“-Rechten im Bereich des IRG zu philosophieren, was die RL allerdings nicht intendiert (vgl. ErwG Nr. 42-45).

Art. 10 Abs. 3 RL ordnet zwar selbst auch nur eine **entsprechende Geltung** der in Art. 4 bis 7 und Art. 9 der RL geregelten Rechte auf das Verfahren zur Vollstreckung eines EuHb an. Während es für eine auf Umsetzung angelegte RL aber gerade noch angehen mag, sich auf eine solche pauschale Verweisung zu beschränken, ist das für die gesetzliche Ausgestaltung im nationalen Recht nicht mehr tolerabel.

Dies gilt gerade vor dem Hintergrund, dass §§ 21, 22 IRG die Vorführungsmodalitäten einschließlich der dort zu beachtenden Hinweispflichten recht elaboriert umschreiben. Dass sich dann über §§ 77, 78 IRG weitere Formalitäten erst über die StPO erschließen, steht daher für einen unbefangenen Betrachter zunächst einmal nicht zu vermuten. §§ 21, 22 IRG vermitteln den Eindruck einer insoweit abschließenden Regelung, die lediglich durch die „Generalklausel“ des § 40 Abs. 1 IRG ergänzt wird.

Vorzugswürdig erscheint daher auch bei den §§ 21, 22, 40 IRG in Bezug auf die dort für den „Verfolgten“ abstrakt garantierte Möglichkeit eines Beistand die **Formulierung von konkreten Zugangs- und Mitwirkungsrechten**, in Anlehnung an die vorgeschlagenen Klarstellungen in den §§ 136, 163a, 168c StPO.

Wie bei § 31 EGGVG ist auch im IRG ein **expliziter Hinweis auf § 148 StPO** geboten.

#### V. Jugendlicher Tatverdächtiger, dem die Freiheit entzogen wird – Unterrichtung des Erziehungsberechtigten pp.

##### 1. Vorgaben der RL 2013/48/EU

Art. 5 Abs. 2 S. 1 RL verlangt eine „möglichst rasch[e]“ **Benachrichtigung der „Person, die Inhaberin der elterlichen Verantwortung für das Kind ist, [...] von dem Freiheitsentzug und den Gründen hierfür“**.

Zwar stellt Art. 5 Abs. 2 S. 1 RL darauf ab, dass „es sich bei dem Verdächtigen oder der beschuldigten Person um ein Kind“ handelt. Satz 2 präzisiert, dass „**Kind**“ im Sinne der Vor-



schrift ist, wer das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat. Gemeint sind damit also **Jugendliche im Sinne des § 1 Abs. 2 JGG**.

## **2. Bewertung der Kernregelung, § 67a JGG-E**

Zentrale Neuerung ist die Schaffung eines § 67a JGG. Gegenstand der geplanten Regelung ist die Unterrichtung des Erziehungsberechtigten und der gesetzlichen Vertreter, wenn einem Jugendlichen die Freiheit entzogen wird – eine solche generelle Mitteilungspflicht ist im geltenden Recht nicht ausdrücklich vorgesehen, insbesondere lässt sie sich nicht aus § 67 Abs. 2 JGG ableiten.

§ 67a JGG-E dient der Umsetzung von **Art. 5 Abs. 2 bis 4 RL**. Als weitere Initiative zur Stärkung der Rechte des Beschuldigten im Strafverfahren ist die Reform zu begrüßen.

Angeboten hätte sich die Einbettung der neuen Vorschrift in die Umsetzung der **RL 2016/800 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.5.2016 über Verfahrensgarantien in Strafverfahren für Kinder, die Verdächtige oder Beschuldigte in Strafverfahren sind**, denn Art. 5 dieser Richtlinie enthält detaillierte Vorgaben zum „**Recht des Kindes auf Information des Trägers der elterlichen Verantwortung**“. Angesichts der engen Frist für die Umsetzung der RL 2013/48/EU wird dies aber wohl nicht möglich sein.

In Umsetzung von Art. 5 Abs. 2 S. 1 RL formuliert **§ 67a Abs. 1 JGG-E**, dass „der Erziehungsberechtigte und der gesetzliche Vertreter so bald wie möglich über den Freiheitsentzug und die Gründe hierfür zu unterrichten“ sind.

Eine Unterrichtung des Erziehungsberechtigten und des gesetzlichen Vertreters ist nach Art. 5 Abs. 2 S. 1 der Richtlinie jedoch dann nicht vorgesehen, wenn dies dem Kindeswohl abträglich wäre. Dieser Vorgabe soll durch **§ 67a Abs. 2 S. 1 JGG-E** entsprochen werden. Da der bestehende § 67 Abs. 4 JGG bereits auf derartige Gefährdungslagen reagiert, greift § 67a Abs. 2 S. 1 JGG-E diese Vorschrift über einen Verweis auf.<sup>11</sup>

Unterbleibt eine Unterrichtung in dieser Fallkonstellation, so „**ist ein anderer geeigneter Erwachsener zu informieren**“ (Art. 5 Abs. 2 S. 1 RL). Dies soll mit **§ 67a Abs. 2 S. 2 JGG-E** umgesetzt werden, der – unter Berücksichtigung von ErwG Nr. 55 RL – auf die Unterrichtung „eine[r] andere[n] für den Schutz der Interessen des Jugendlichen geeignete[n] volljährige[n] Person“ abstellt.

Über die Vorgaben der (mindestharmonisierenden) Richtlinie hinaus sieht **§ 67a Abs. 2 S. 3 JGG-E** vor, dass dem Jugendlichen zuvor Gelegenheit gegeben werden soll, eine volljährige Person seines Vertrauens zu bezeichnen. Dieser Benennung muss jedoch nicht zwingend Folge geleistet werden; entscheidend bleibt stets die Eignung der benannten Person zur sachgerechten Wahrnehmung der Interessen des Jugendlichen.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> BT-Drs. 18/9534, S. 29.

<sup>12</sup> BT-Drs. 18/9534, S. 29.

Eine vorübergehende Abweichung von der Mitteilungspflicht lässt Art. 5 Abs. 3 RL unter engen Voraussetzungen zu, nämlich bei „**dringende[r] Notwendigkeit der Abwehr einer Gefahr für Leib oder Leben oder für die Freiheit einer Person**“ (*lit. a*) oder bei „**dringende[r] Notwendigkeit der Abwendung einer erheblichen Gefährdung eines Strafverfahrens**“ (*lit. b*).

Einen *lit. a* entsprechenden Ausnahmetatbestand kennt das deutsche Strafverfahrensrecht nicht. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die Abweichungsmöglichkeit eine Beeinträchtigung des mit der Mitteilungspflicht korrespondierenden Mitteilungsrechts darstellt. Da die Richtlinie nur Mindeststandards festlegt, haben sich die Verfasser des Gesetzentwurfs entschieden, ein höheres Schutzniveau beizubehalten und von einer Umsetzung des Art. 5 Abs. 3 *lit. a* RL abzusehen.<sup>13</sup>

Hingegen ermöglicht § 67a Abs. 3 S. 1 JGG-E in Übereinstimmung mit *lit. b* und in Anlehnung an § 114c Abs. 1 StPO eine vorübergehende Abweichung von der Mitteilungspflicht, „**sofern der Zweck der Untersuchung durch sie [die Unterrichtung] erheblich gefährdet würde**“.

Bei einer vorübergehenden Abweichung von der Mitteilungspflicht regelt Art. 5 Abs. 4 RL, dass „**eine für den Schutz oder das Wohlergehen von Kindern zuständige Behörde unverzüglich von dem Freiheitsentzug des Kindes unterrichtet**“ werden muss.

Dieser Vorgabe will § 67a Abs. 3 S. 2 JGG-E entsprechen. Demnach besteht eine Pflicht zur unverzüglichen Unterrichtung der Jugendgerichtshilfe, zu deren Aufgaben unter anderem auch die Unterstützung jugendlicher Beschuldigter gehört (vgl. § 38 JGG, § 52 SGB VII).

Ein gewisses Spannungsverhältnis ergibt sich allerdings hinsichtlich der bereits im geltenden Recht vorgesehenen Unterrichtung der Jugendgerichtshilfe in Haftsachen gemäß § 72a JGG, während § 67a Abs. 3 S. 2 JGG-E ganz allgemein für Freiheitsentziehungen gelten soll.

Nach der Gesetzesbegründung soll § 72a JGG jedoch von § 67a Abs. 3 S. 2 JGG-E unberührt bleiben, sodass die Benachrichtigungspflichten im Einzelfall durchaus zusammenfallen können.<sup>14</sup>

## VI. Regelungsbedarf zum „Verzicht“ auf Beschuldigtenrechte

### Artikel 9 RL

#### Verzicht

(1) *Unbeschadet der nationalen Rechtsvorschriften, die die Anwesenheit oder Unterstützung eines Rechtsbeistands verbindlich vorschreiben, stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass für einen Verzicht auf eines der in den Artikeln 3 und 10 genannten Rechte folgende Voraussetzungen erfüllt sein müssen:*

<sup>13</sup> BT-Drs. 18/9534, S. 16.

<sup>14</sup> BT-Drs. 18/9534, S. 29.

a) *Der Verdächtige oder die beschuldigte Person hat mündlich oder schriftlich eindeutige und ausreichende Informationen in einfacher und verständlicher Sprache über den Inhalt des betreffenden Rechts und die möglichen Folgen eines Verzichts auf dieses Recht erhalten, und*

b) *die Verzichtserklärung wird freiwillig und unmissverständlich abgegeben.*

*(2) Der Verzicht, der schriftlich oder mündlich erklärt werden kann, sowie die Umstände der Verzichtserklärung werden unter Verwendung des Verfahrens für Aufzeichnungen nach dem Recht des betreffenden Mitgliedstaats schriftlich festgehalten.*

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

Für Art. 9 der RL 2013/48 EU wird – soweit ersichtlich – von Seiten der Bundesregierung kein Umsetzungsbedarf proklamiert (vgl. BT-Drucks S. 16). Allerdings geht die Begründung des Gesetzentwurfs von einem sehr formalen, engen Begriff des *Verzichts* aus. Zwar ist es im Ansatz prinzipiell zu begrüßen, im Nichtgebrauch eines Rechtes keinen „Verzicht“ auf dieses Recht zu sehen. Ob man von diesem formalen Ansatz jedoch – gerade zur „Stärkung“ der Beschuldigtenrechte – nicht abweichen sollte, ggf. müsste, wäre allerdings zu überdenken, insbesondere vor dem Hintergrund der in Art. 9 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 1 RL mittelbar zum Ausdruck gebrachten Dokumentationspflichten und der Pflicht, den Beschuldigten auf die Möglichkeit eines „Widerrufs“ vom „Verzicht“ eines durch die RL garantierten Rechts zu informieren. Dies hätte eine Ausweitung der Belehrungspflichten des § 136 StPO zur Folge.

## VII. Zusammenfassung

Der Gesetzentwurf setzt die zentralen Vorgaben der RL 2013/48/EU überzeugend um und beseitigt damit (endlich) „Lücken“ im System der StPO, die bislang nur über die Rechtsprechung (auch die des EGMR) und eine entsprechende Rechtspraxis zu schließen waren.

Am Bedarf der geplanten Änderungen und Ergänzungen in der StPO besteht kein Zweifel. Die **Qualität eines Gesetzes** und damit auch einer „Prozessordnung“ kommt nicht zuletzt in seiner/ihrer **inneren Kohärenz** und einer nach außen dokumentierten **Widerspruchsfreiheit** zum Ausdruck. Mehrfach hat etwa der EGMR in ganz unterschiedlichem Kontext die „Vorhersehbarkeit“ einer gesetzlichen Regelung und der damit verbundenen Behandlung einer Person als Kriterium für die rechtsstaatliche Qualität des jeweiligen Gesetzes hervorgehoben.

Diesem Anspruch genügen die §§ 136, 163a, 168c StPO in ihrer bisherigen *gesetzlichen* Ausgestaltung in Bezug auf die polizeiliche Vernehmung des Beschuldigten leider nicht.

Geboten ist allerdings über den jetzt vorliegenden Gesetzesvorschlag hinaus die Aufnahme einer klarstellenden Regelung in **§ 148 StPO** zum Schutz von **Anbahnungsgesprächen** im Vorfeld der Begründung eines Verteidigungsverhältnisses.

**Klarstellender Anpassungsbedarf** besteht ferner innerhalb der **§§ 21, 22, 40 IRG**. Der Verweis in § 77 Abs. 1 IRG auch auf die „Stärkung“ des Beschuldigtenschutzes in der StPO liefert neuen Nährboden für Spekulationen darüber, dass im Bereich der Internationalen Rechtshilfe gegenüber dem strafprozessualen Beschuldigtenschutz abgeschwächte Standards gelten könnten. Solchen Gedanken will die RL 2013/48/EU durch ihren bewusst weiten sachlichen Anwendungsbereich (Art. 1 RL) gerade entgegenwirken.