

dabei neu geordnet werden. Ausgehend von den insoweit gebotenen Mindeststandards müsste darüber nachgedacht werden, wo es bei diesen sein Bewenden haben soll und wo einfachrechtlich höhere Standards wünschenswert sind. Ausgehend vom ›Unverfügbaren‹, über das heute in ungleich höherem Maße Klarheit herrscht als vor 140 Jahren, müsste der Bereich des Gestaltbaren neu bestimmt und mit juristischer Kreativität und einem Sinn für das Praktische neu ausgefüllt werden. Das Verfahrensrecht muss – um eine weitere Formulierung von *Winfried Hassemer* zu verwenden – in vielen Bereichen des »prozeduralen Popanz« entkleidet werden und stattdessen mehr auf tatsächliche Wirkmächtigkeit zielende Substanz gewinnen. Verfahrensrecht sollte mehr sein als ein Konvolut schwer durchschaubarer Spielregeln für taktische und letzten Endes ineffiziente Scharmützel zwischen Gericht, Staatsanwaltschaft und Verteidigung. Es sollte berechtigten Interessen einen praktisch wirksamen und deshalb auch klar umgrenzten prozessualen Rahmen bereitstellen, eine Form, die tatsächlich schützt und nicht nur unnütze Komplexität und Verwirrung stiftet. Dies wäre zugleich eine Chance, dem Strafverfahren wieder mehr Raum für Tatsächliches zu geben; der zentralen Aufgabe der Wahrheitserforschung, »ohne die der Gerechtigkeit nicht zum Durchbruch verholfen werden kann«, wieder größere Aufmerksamkeit zu widmen; die ›dienende‹ Funktion des Verfahrensrechts wiederherzustellen. Dem häufig beklagten Defizit – nicht minder wünschenswerter aber erfahrungsgemäß schwer erreichbarer – guter Gesetzgebung im Bereich des materiellen Strafrechts könnte so zugleich die Schärfe genommen werden. Dasselbe gilt für die allfälligen Klagen der Justizverwaltung über Ressourcenknappheit. Denn gute Rechtsanwendung bedarf nicht in erster Linie einer größeren Zahl von Verwaltern des Mangels, sondern eines zeitgemäßen und praktikablen rechtlichen Handwerkszeugs.

Prof. Dr. Robert Esser

NACH DER REFORM IST VOR DER REFORM

EIN BLICK AUF DAS ERMITTLUNGSVERFAHREN

Am 24.8.2017 ist – in weiten Teilen – das ›Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Gestaltung des Strafverfahrens‹ v. 17.8.2017¹ in Kraft getreten. Die Oppositionsparteien im seinerzeitigen 18. Deutschen Bundestag haben den Verfahrensgang des Gesetzes heftig kritisiert, insbesondere den Umstand, dass Vorschläge und Änderungsanträge für die Aufnahme neuer Ermittlungsmethoden in die StPO (Quellen-TKÜ, § 100a Abs. 1 Satz 2 StPO / Online-Durchsuchung, § 100b StPO) den Abgeordneten erst sehr spät zugeleitet worden waren. Gerade die Strafverteidiger kritisieren, sicher nicht ganz zu Unrecht, dass der erhoffte ›große Wurf‹ einer Reform der StPO mit diesem Gesetz (noch) nicht gelungen sei. Gleichwohl gilt es nun, den Neuregelungen in der justiziellen und anwaltlichen Praxis Leben einzuhauchen, um den Zielvorgaben des Gesetzes – Effektivierung und Praxistauglichkeit – zu entsprechen.

Die Konzentration soll in diesem Beitrag auf insgesamt fünf Gesichtspunkten liegen, die auch nach dem Inkrafttreten des StPO-Reformgesetzes weiterhin bestehenden Reformbedarf signalisieren: der Formulierung eines Katalogs von Leitsätzen und Prinzipien an der ›Spitze‹ des gesetzlichen Regelwerks der in ihren Grundfesten aus dem Jahr 1877 stammenden ›Strafprozessordnung‹ (I.), der Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für das Verbot der Tatprovokation (II.), der (zum 1.1.2020 in Kraft tretenden) Ausweitung der audiovisuellen Aufzeichnung der Vernehmung des Beschuldigten (§ 136 Abs. 4 StPO) (III.), der Etablierung eines eigenen Antragsrechts für den

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht an der Universität Passau und leitet dort seit 2010 die dem Lehrstuhl angegliederte Forschungsstelle Human Rights in Criminal Proceedings (HRCP).

¹ BGBl. I, 3202

Beschuldigten auf Beiordnung eines Verteidigers im Ermittlungsverfahren (§ 141 Abs. 3 Satz 4 StPO) (IV.) und der Aufnahme von Anbahnungsgesprächen zwischen einem Beschuldigten und einem potentiellen Verteidiger in den Schutzbereich der §§ 148, 160a StPO (V.).

I. AUFNAHME EINES KATALOGS VON LEITSÄTZEN UND VERFAHRENSGRUNDSÄTZEN AN DIE ›SPITZE‹ DER STRAFPROZESSORDNUNG

Der deutschen Strafprozessordnung fehlt seit jeher ein festgeschriebenes *Gesamtkonzept* – sie beginnt mit Regelungen zur »sachlichen Zuständigkeit der Gerichte« (§§ 1-6a StPO) und zum »Gerichtsstand« (§§ 7-21 StPO), für ein prozessuales ›Drehbuch‹ sicherlich nicht ganz fernliegend. Dieser Einstieg wird allerdings dem Anspruch an eine alle Stadien eines Strafverfahrens determinierende ›Prozessordnung‹ letztlich nicht gerecht. Ein Vorschlag, der sich leider im Rahmen der Beratungen der 2014/2015 vom BMJV eingesetzten StPO-Expertenkommission nicht durchsetzen ließ, ist daher die Formulierung grundlegender programmatischer Ziele, Leitlinien, Verfahrensgrundsätze und Prozessmaximen, die den unmittelbar ins prozessuale Detail gehenden Vorschriften der StPO vorangestellt werden.

Modellcharakter für einen solchen ›Katalog‹ könnte insoweit das »1. Hauptstück – Das Strafverfahren und seine Grundsätze« der österreichischen StPO haben. Normiert sind dort sehr grundlegende Leitlinien und Strukturen: *Das Strafverfahren* (§ 1 StPO), *Amtwegigkeit* (§ 2 StPO), *Objektivität und Wahrheitserforschung* (§ 3 StPO), *Anklagegrundsatz* (§ 4 StPO), *Gesetz- und Verhältnismäßigkeit* (§ 5 StPO), *Rechtliches Gehör* (§ 6 StPO), *Recht auf Verteidigung* (§ 7 StPO), *Unschuldsvermutung* (§ 8 StPO), *Beschleunigungsgebot* (§ 9 StPO), *Beteiligung der Opfer* (§ 10 StPO), *Geschworene und Schöffen* (§ 11 StPO), *Mündlichkeit und Öffentlichkeit* (§ 12 StPO), *Unmittelbarkeit* (§ 13 StPO), *Freie Beweiswürdigung* (§ 14 StPO), *Vorfragen* (§ 15 StPO), *Verbot der Verschlechterung* (§ 16 StPO), *Verbot wiederholter Strafverfolgung* (§ 17 StPO). Auch wenn nicht alle Überschriften und Inhalte auf den deutschen Strafprozess vollumfänglich übertragbar sind – ein tragfähiges *Modell*, dessen Lektüre sich lohnt und auf dessen Basis sich diskutieren lässt, stellen die vorgenannten Vorschriften sicherlich dar.

II. GESETZLICHE GRUNDLAGE FÜR DIE TATPROVOKATION

Anstoß für Überlegungen hinsichtlich der Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für das Verbot der Tatprovokation gibt der am 7.2.2018 veröffentlichte Koalitionsvertrag² der Regierungsparteien CDU/CSU und SPD im 19. Deutschen Bundestag, bei dem sich in Zeile 5.780 unter der Hauptüberschrift »Verfahrensrecht« (5.774) u.a. der Eintrag findet, dass der »gesetzgeberische Handlungsbedarf einer Rechtsgrundlage für die Tatprovokation« geprüft werden soll. Dass die für die Abfassung dieses Koalitionsvertrages politisch Verantwortlichen an dieser Stelle den Zusatz »Verbot der« [Tatprovokation] lediglich vergessen haben, bleibt zu hoffen.

Zur Notwendigkeit einer gesetzlichen Rechtsgrundlage für das Verbot der Tatprovokation und – in dem Zusammenhang fast noch wichtiger – für die Voraussetzungen und vor allem auch die Grenzen des Einsatzes von V-Personen (vgl. § 45 Abs. 2 Nr. 4 BKAG n.F.³; § 20g Abs. 2 Nr. 4 BKAG a.F.⁴) ist bereits hinreichend vorgetragen worden.⁵ In den Verhandlungen der vom BMJV eingesetzten StPO-Reformkommission, die im Oktober 2015 ihre Vorschläge für eine effektivere und praxistauglichere Gestaltung des Strafverfahrens vorgelegt hat,⁶ wurde das Thema ebenfalls sehr grundlegend erörtert; am Ende

2 www.bundesregierung.de/Content/DE/StatischeSeiten/Breg/koalitionsvertrag-inhaltsverzeichnis.html

3 Gesetz zur Neustrukturierung des Bundeskriminalamtgesetzes v. 1.6.2017, BGBl. I, 1354

4 Eingeführt durch das Gesetz zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt v. 25.12.2008 (BGBl. I S. 3083, 3085) m.W.z. 1.1.2009: »Einsatz von Privatpersonen, deren Zusammenarbeit mit dem Bundeskriminalamt Dritten nicht bekannt ist (Vertrauensperson)«.

5 BVerfG, NStZ 2000, 489, 493 m. Anm. Rogall; BGH, NStZ 1995, 513, 515 f. m. Anm. Lilie/Rudolph; BGH, JZ 1995, 970, 972 m. Anm. Fezer, Esser, Lockspitzel und V-Leute in der Rechtsprechung des EGMR: Strafrechtliche Ermittlungen jenseits der StPO – außerhalb des Gesetzes?, in: Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), Abschied von der Wahrheitssuche, 2012, S. 197ff.; MüKo-StPO/Günther, 2014, § 110a Rn. 29; SK-StPO/Wolter/Jäger, 5. Aufl. 2016, § 110a Rn. 3a; LR/Hauck, Bd. 3, 26. Aufl. 2014, § 110a Rn. 11; Burhoff, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 7. Aufl. 2015, Rn. 4220; Fischer/Maul, NStZ 1992, 7, S. 10; Duttge, JZ 1996, 556, S. 563f.; Lagodny, SrV 1996, 167, S. 171f.; Eschelbach, SrV 2000, 390, S. 391f.; Gercke, SrV 2017, 615, S. 625f.; Kudlich, ZRP 2018, 9, S. 12; vgl. auch Weisser, NZWiSt 2018, 59, S. 63; einen Überblick zum Streitstand bei: Beulke, Strafprozessrecht, 13. Aufl. 2016, Rn. 424

6 BMJV, Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens (Oktober 2015); zugänglich über www.bmjv.de

sprach sich eine ganz knappe Mehrheit der Mitglieder *für* die Notwendigkeit und Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für das Verbot der Tatprovokation aus.⁷ Bedauerlicherweise hat dieser Reformvorschlag dann allerdings nicht mehr den Weg ins Gesetzgebungsverfahren gefunden – auf dem langen, gleichwohl zur Vermeidung der Diskontinuität in aller Eile zurückzulegenden Weg vom RefE über den RegE zum Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages und von dort – nach Abstimmung mit den Länderinteressen im Bundesrat – (zurück) ins Plenum des deutschen Parlaments, ist so mancher bereits inhaltlich abgestimmter und konsentierter Vorschlag der Expertenkommission auf der Strecke geblieben.⁸

Zu hoffen ist jedenfalls, dass die oben beschriebene Ankündigung im Koalitionsvertrag nicht wieder die leidige Diskussion über die Differenzierung zwischen einer ›rechtsstaatswidrigen‹ und einer rechtsstaatlich (noch) ›zulässigen‹ Tatprovokation wiederbelebt. Nach welchen Kriterien eine Tatprovokation zu bemessen ist, hat der EGMR hinreichend klar judiziert; wann ein verdecktes Ermitteln noch zulässig ist ebenfalls.⁹ Wenn nach diesen Kriterien eine Tatprovokation vorliegt, verstößt sie gegen die Grundsätze eines fairen Verfahrens (Art. 6 Abs. 1 EMRK), sie ist rechtsstaatswidrig und damit unisono unzulässig. Es gibt in diesem Zusammenhang keinen einzigen Fall oder Ansatzpunkt aus der Judikatur des EGMR, der die Idee der Eröffnung einer Art rechtsstaatlichen ›Zwischen- oder Grauzone‹ befeuern könnte: Wird von Seiten der Strafverfolgungsbehörden provoziert, so ist dieses Verhalten stets rechtsstaatswidrig; wird nicht

provoziert, so ist das Verhalten grundsätzlich zulässig.¹⁰ Der Begriff ›rechtsstaatswidrige Tatprovokation‹ ist damit ein klassischer Pleonasmus; das Adjektiv ›rechtsstaatswidrig‹ soll lediglich die Unzulässigkeit des jeweiligen Handelns plakativ untermauern.

Geht man rechtsvergleichend auf die Suche nach einem möglichen Vorbild für eine *gesetzliche* Regelung des Verbots der (rechtsstaatswidrigen) Tatprovokation, so führt der Weg wieder über die südlichen Landesgrenzen hinaus. Österreich hat in § 5 seiner Strafprozessordnung unter der Überschrift ›Gesetz und Verhältnismäßigkeit‹ mehrere relevante Leitlinien und Grundsätze für das Strafverfahren niedergelegt.¹¹ Neben einem klaren Bekenntnis zur Gesetzmäßigkeit der Beweiserhebung (Abs. 1) und der Ausformulierung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (Abs. 2) normiert Absatz 3 des § 5 der österreichischen StPO den Leitsatz, dass es unzulässig ist, ›Personen zur Begehung von strafbaren Handlungen in einer dem Grundsatz des fairen Verfahrens [...] widerstreitender Weise zu verleiten, oder durch heimlich bestellte Personen zu einem Geständnis zu verlocken‹.

Das sind klare Bekenntnisse, die man sich auch für den deutschen Strafprozess und seine ›Ordnung‹ wünschen würde. Allein der politische Wille und Weg zu einer gesetzlichen Grundlage sind weit. Es fehlte in den Beratungen der Kommission schon die Einigkeit darüber, wo denn ein solches Verbot innerhalb der deutschen Strafprozessordnung zu verorten wäre, denn – und hier holt uns das Vorgesagte (I.) wieder ein – im Gegensatz zur österreichischen Strafprozessordnung verfügt das deutsche Modell bedauerlicherweise nicht über einen Katalog von Grundsätzen und Prinzipien – aber das lässt sich ändern.

7 BMJV (Fn. 6), S. 18 (Nr. 6: 11/8/2), Begründung: S. 84-87

8 Freilich werden auch heute noch Forderungen nach einer gesetzlichen Regelung der Folgen rechtsstaatswidriger Tatprovokation laut, darunter *Kudlich*, ZRP 2018, 9, S. 12

9 EGMR, Lüdi/Schweiz, Urt. v. 15.6.1992, Nr. 12433/86, § 49, NJW 1992, 3088 = StV 1992, 499; EGMR, Teixeira de Castro/Portugal, Urt. v. 9.6.1998, Nr. 25829/94, §§ 36 ff., NStZ 1999, 47 = StV 1999, 127; EGMR, Ramanaukas/Litauen, Urt. v. 5.2.2008, Nr. 74420/01, § 55; EGMR, Lagutin u.a./Russland, Urt. v. 24.4.2014, Nr. 6228/09, u.a., § 92; EGMR, Furcht/Deutschland, Urt. v. 23.10.2014, Nr. 54648/09, § 48; EGMR, Scholer/Deutschland, Urt. v. 18.12.2014, Nr. 14212/10, § 78; EGMR, Matanović/Kroatien, Urt. v. 4.4.2017, Nr. 2742/12, § 123; EGMR, Grba/Kroatien, Urt. v. 23.11.2017, Nr. 47074/12, § 100; EGMR, Ramanaukas/Litauen (No. 2), Urt. v. 20.2.2018, Nr. 55146/14, § 56

10 EGMR, Ramanaukas/Litauen (Fn. 9), § 54; EGMR, Furcht/Deutschland (Fn. 9), § 47; EGMR, Scholer/Deutschland (Fn. 9), §§ 77 f. Zur Umsetzung: BVerfG, Beschl. v. 18.12.2014 – 2 BvR 209/14 u.a., NJW 2015, 1083 = NStZ 2016, 49 = StRR 2015, 221 m. Anm. *Tsambika-kis*; BGH, Urt. v. 11.12.2013 – 5 StR 240/13, NStZ 2014, 277; BGH, Beschl. v. 19.5.2015 – 1 StR 128/15, BGHSt 60, 238 = NStZ 2015, 541; BGH, Urt. v. 10.6.2015 – 2 StR 97/14, BGHSt 60, 276 = NJW 2016, 91 m. Anm. *Eisenberg*; BGH, Beschl. v. 19.1.2016 – 4 StR 252/15, NStZ 2016, 232; BGH, Urt. v. 7.12.2017 – 1 StR 320/17, NStZ 2018, 355 (speziell zur ›mittelbaren Provokation‹) m. Anm. *Esser* = StV 2018, S. 358 m. Anm. *Conen*. Siehe ebenfalls: OLG Bamberg, Beschl. v. 21.7.2014 – 3 Ss 86/14, NSrZ 2015, 55; siehe zudem OGH, Entsch. v. 26.1.2016 – 14 Os 113/15x; OGH, Urt. v. 7.10.2015 – 15 Os 89/15

11 Österreichische Strafprozessordnung v. 1975, BGBl. Nr. 631/1975; zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 27/2018 v. 15.5.2018 (dazu bereits oben unter I.)

III. BILD-TON-AUFZEICHNUNG DER BESCHULDIGTENVERNEHMUNG¹²

Eine ganz wesentliche durch das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Gestaltung des Strafverfahrens geschaffene Neuregelung ist die Ausweitung und Konkretisierung der Bild-Ton-Aufzeichnung der Beschuldigtenvernehmung im Ermittlungsverfahren.¹³

Die Möglichkeit einer solchen Aufzeichnung besteht bereits nach der ›alten‹ und zunächst auch weiterhin geltenden Gesetzeslage. Diese bleibt vorerst maßgeblich, denn die durch die StPO-Reform geschaffenen Änderungen treten bedauerlicherweise erst zum 1.1.2020 in Kraft.¹⁴ Nach aktueller Gesetzeslage ist es über § 163a Abs. 1 StPO sowohl für die Polizei als auch für die Staatsanwaltschaft möglich, eine Vernehmung des Beschuldigten in Bild und Ton aufzuzeichnen. Dies ermöglicht der in § 163a Abs. 1 Satz 2 StPO aufgenommene Verweis auf § 58a Abs. 1 S. 1, Abs. 2 und 3 StPO sowie auf § 58b StPO. Diese ›Kann‹-Regelung läuft allerdings in der derzeitigen Praxis weitgehend leer.

Die schon im Rahmen der Beratungen der StPO-Expertenkommission hoch kontrovers diskutierte Notwendigkeit einer Ausweitung der Bild-Ton-Aufzeichnung der Beschuldigtenvernehmung hat nun endlich in § 136 Abs. 4 StPO (in der ab 1.1.2020 geltenden Fassung) Aufnahme gefunden. Danach bleibt es grundsätzlich in Satz 1 bei der schon jetzt bestehenden Möglichkeit (›kann‹) einer Bild-Ton-Aufzeichnung der Vernehmung des Beschuldigten vor »Gericht« und über Anpassungen der Verweisungen in § 163a StPO auch vor der Polizei und der Staatsanwaltschaft.

Neu ist aber die in Satz 2 aufgenommene Verpflichtung (›ist‹) einer solchen Aufzeichnung unter den dort genannten Voraussetzungen.

¹² Die nachfolgenden Erläuterungen und Überlegungen spiegeln den wissenschaftlichen Beratungsstand zum Zeitpunkt des 42. Deutschen Juristentages in Münster (AG 7) am 3. März 2018 wider. Die 2018 an der Universität Passau abgeschlossene Dissertation von *Anne-gret Michel* (Die audiovisuelle Aufzeichnung der Beschuldigtenvernehmung im Ermittlungsverfahren) führt viele der hier lediglich aufgeworfenen Fragestellungen einer rechtlichen Klärung zu.

¹³ Zusammenfassend: *Krause*, KRIMINALISTIK 2017, 532, S. 535f.; zu den Vorteilen einer solchen Regelung *von Galen*, ZRP 2016, 42, S. 43

¹⁴ Vgl. Art. 18 des Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens (Fn. 1)

Explizit genannt ist der in der Praxis sicherlich relevante Fall des »vorsätzlich begangenen Tötungsdelikts« (§ 136 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 StPO) – wobei aber selbst in dieser Konstellation eine Aufzeichnung nur dann erforderlich ist, wenn ihr weder die äußeren Umstände noch die besondere Dringlichkeit der Vernehmung entgegenstehen.

Ebenfalls neu und verpflichtend ist eine solche Bild-Ton-Aufzeichnung zur besseren Wahrung schutzwürdiger Interessen von Personen unter 18 Jahren (§ 136 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 lit. a StPO) oder von Beschuldigten, die *erkennbar unter eingeschränkten geistigen Fähigkeiten oder einer schwerwiegenden seelischen Störung leiden* (§ 136 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 lit. b StPO). In diesen Fällen ist eine Aufzeichnung allerdings nur dann zwingend, wenn die jeweiligen schutzwürdigen Interessen der betroffenen Personen durch eine solche Aufzeichnung *besser gewahrt* werden können, was gerade bei Jugendlichen (Nr. 1) erhebliche Unsicherheiten für die praktische Handhabung der Norm mit sich bringt.

Die Befürworter einer Ausdehnung der Bild-Ton-Aufzeichnung der Beschuldigtenvernehmung haben sich auf dem 39. Strafverteidigertag in Lübeck mit dem spektakulären Fall des Bauern *Rudi Rupp* nachdrücklich zu Wort gemeldet,¹⁵ bei dem eklatante prozessuale Mängel in der Erstvernehmung der Angehörigen letztlich dazu geführt haben, dass diese im weiteren Verlauf falsche Geständnisse ablegten (was später zum Ausschluss einer Entschädigung nach § 6 Abs. 1 StrEG führte). Konkret soll mit einer audiovisuellen Aufzeichnung der Nachweis erleichtert werden, welchen Inhalt die gegenüber einem Beschuldigten polizeilich vorgenommene Belehrung hatte (§ 163a Abs. 4 Satz 1, 2 StPO), dass der Beschuldigte sie verstanden hat und wie seine Reaktion auf die Belehrung ausgefallen ist. Aber es geht – wie der Fall *Rudi Rupp* sehr deutlich macht – bei der audiovisuellen Aufzeichnung der Beschuldigtenvernehmung neben der eigentlichen Dokumentation des Verfahrens und dem Schutz des Beschuldigten vor unzulässigem Druck der Strafverfolgungsbehörden auch und vor allem um eine essentielle Verbesserung der materiellen Wahrheitsfindung – *dem* strategischen Ziel jedes Strafverfahrens.

¹⁵ Vgl. die Beiträge von *Knispel* (S. 55ff) und *Altenhain* (S. 181ff), in: Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), Welche Reform braucht das Strafverfahren – Texte und Ergebnisse des 39. Strafverteidigertages (Lübeck, 2015)

Diskutieren lässt sich die Frage, ob der Beschuldigte unter den Voraussetzungen des § 136 Abs. 4 Satz 1 StPO n.F. durch eine Verweigerung der Einwilligung verhindern kann, dass es zur audiovisuellen Aufzeichnung seiner Vernehmung kommt. Nach der jetzt getroffenen gesetzlichen Regelung ist die Einwilligung des Beschuldigten allerdings nicht erforderlich. Verhindern kann der Beschuldigte letztlich die audiovisuelle Aufzeichnung seiner Vernehmung nur dadurch, dass er diese komplett verweigert.

Über den Verweis in § 136 Abs. 4 Satz 3 StPO wird § 58a Abs. 2 StPO in Bezug genommen. Es geht dort im Wesentlichen um das Verfahren der Akteneinsicht (Satz 3). Im Übrigen sind allerdings der formale Ablauf, d.h. die konkrete Art und Weise der Aufzeichnung selbst nicht näher geregelt. Erforderlich ist die Ausfertigung eines schriftlichen Protokolls über die Vernehmung, wobei allerdings keine Vollverschriftlichung erforderlich, sondern ein Inhaltsprotokoll ausreichend ist (§§ 168b Abs. 2 iVm §§ 168, 168a StPO). Dies erklärt sich aus dem Umstand, dass die Aufzeichnung selbst später als Protokoll unter den Voraussetzungen des neuen § 254 StPO in die Hauptverhandlung eingeführt werden kann.

Eine der größten Herausforderungen für die ab dem 1.1.2020 mit dieser Vorschrift »zwingend« konfrontierte Praxis wird die Klärung der Frage sein, ob Verstöße gegen die Norm zu einem Beweisverwertungsverbot führen.¹⁶ Denkbar wäre dies etwa für die vollständige Missachtung der Aufzeichnungspflicht bei einem objektiv vorliegenden Verdacht für ein »vorsätzlich begangenes Tötungsdelikt« – sei es durch eine bewusst missbräuchliche oder auch nur fehlerhafte Einstufung der konkreten Verdachtslage auf ein unterhalb der vorsätzlichen Tötung anzusiedelndes Delikt, um die Vernehmung nicht aufzeichnen zu müssen. Was geschieht bei technischen Fehlern im Rahmen der Aufzeichnung, etwa beim Fehlen einer Sequenz? Schon hier wird deutlich, dass viele prozessuale Fragen der audiovisuellen Aufzeichnung der Beschuldigtenvernehmung noch gesetzlich geregelt werden müssen.

¹⁶ So *Singelstein/Derin*, NJW 2017, 2646, S. 2648 für den Fall von bewusstem, willkürlichem oder auf genereller Weisung beruhendem Unterlassen der Aufzeichnung.

Allein aus dem Fehlen einer solchen audiovisuellen Aufzeichnung oder dem Fehlen von bestimmten Förmlichkeiten wird man zwar nicht immer und automatisch auf ein Beweisverwertungsverbot schließen können. Klar ist aber auch, dass sich aus der Nichteinhaltung der Norm Folgen für die Beweiswürdigung und den Beweiswert belastender Angaben des Beschuldigten ergeben müssen – sonst stehen wir schon jetzt vor der Geburt eines prozessualen Papiertigers.

Umso überraschender ist der Umstand, dass die Begründung des Gesetzes ausdrücklich davon spricht, dass es sich bei § 136 Abs. 4 StPO um eine reine »Ordnungsvorschrift« handeln soll.¹⁷ Es ist zu hoffen und auch zu erwarten, dass sich die Gerichte über diese Klassifizierung hinwegsetzen und § 136 Abs. 4 StPO über kurz oder lang als harte Beweiserhebungsregelung interpretieren werden. Jede andere Kategorisierung wäre dem Wesen des § 136 StPO (inzwischen) fremd, nachdem sich der BGH nach jahrzehntelanger Negierung des den Beschuldigten schützenden Charakters des § 136 Abs. 1 StPO im Jahr 1992 endlich dazu durchringen konnte, die Norm auch mit einem Beweisverwertungsverbot zu flankieren.¹⁸

Der bereits angesprochene reformierte § 254 Abs. 1 StPO stellt den verlängerten Arm der Neuregelung des § 136 Abs. 4 StPO dar, indem er die Möglichkeit der Vorführung einer solchen Bild-Ton-Aufzeichnung der Beschuldigtenvernehmung aus dem Ermittlungsverfahren in der Hauptverhandlung *zum Zwecke der Beweisaufnahme über ein Geständnis* zulässt. Eine solche Vorführung war bislang nur

¹⁷ Vgl. BT-Drucks. 18/11277 v. 22.2.2017, S. 27; dagegen bereits: *Singelstein/Derin*, NJW 2017, 2646, S. 2648

¹⁸ BGH, Beschl. v. 27.2.1992 – 5 StR 190/91; BGHSt 38, 214 = NJW 1992, 1463 (unter Aufgabe der früheren Rspr., BGHSt 31, 395); BGH, Urt. v. 27.6.2013 – 3 StR 435/12, NJW 2013, 2769, 2771: »Ein Verwertungsverbot liegt jedoch stets dann nahe, wenn die verletzte Verfahrensvorschrift dazu bestimmt ist, die Grundlagen der verfahrensrechtlichen Stellung des Beschuldigten im Strafverfahren zu sichern. So verhält es sich hier. Die von § 136 I 2 StPO geschützten Beschuldigtenrechte gehören – wie dargelegt – zu den wichtigsten verfahrensrechtlichen Prinzipien. Durch sie wird sichergestellt, dass der Beschuldigte nicht nur Objekt des Strafverfahrens ist, sondern zur Wahrung seiner Rechte auf dessen Gang und Ergebnis Einfluss nehmen kann.«; vgl. aber auch BGH, Urt. v. 22.11.2001 – 1 StR 220/01, NJW 2002, 975, 976: »Wer bei Beginn der Vernehmung auch ohne Belehrung gewusst hat, dass er nicht auszusagen braucht, ist allerdings nicht im gleichen Maße schutzbedürftig wie derjenige, der sein Schweigerecht nicht kannte. Er muss zwar nach §§ 136 I 2, 163a IV 2 StPO belehrt werden. Jedoch gilt hier das Verwertungsverbot ausnahmsweise nicht.«

bei entsprechend aufgezeichneten Zeugenvernehmungen gemäß § 255a StPO möglich. § 254 Abs. 1 StPO lässt ohne jede weitere Einschränkung sowohl richterliche, staatsanwaltschaftliche als auch polizeiliche Vernehmungen im Ermittlungsverfahren als mögliche Gegenstände einer Bild-Ton-Aufzeichnung zu (»einer Vernehmung«; vgl. dagegen: »richterliches Protokoll«). Ziel ist es, dass sich die Beteiligten in der Hauptverhandlung einen deutlich besseren, verlässlicheren Eindruck vom Ablauf der Vernehmung des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren machen können.

»Nach der Reform ist vor der Reform«: Schon die wenigen Ausführungen zum neuen § 136 Abs. 4 StPO lassen erkennen, dass die vom Gesetzgeber letztlich verabschiedete Regelung hinter den Vorschlägen zurückbleibt, die die Expertenkommission seinerseits für die Bild-Ton-Aufzeichnung der Beschuldigtenvernehmung formuliert hatte.¹⁹

Der zum 1.1.2020 in Kraft tretende § 136 Abs. 4 StPO kann letztlich nicht mehr sein als ein »Einstieg« in ein umfassendes gesetzliches Programm zur Dokumentation des Ermittlungsverfahrens und der späteren Hauptverhandlung. Die Regelung greift mit der Beschränkung auf »vorsätzlich begangene Tötungsdelikte« schon in der Sache deutlich zu kurz; offensichtlich soll hier nur ein prozessuales »Experimentierfeld« etabliert werden (darauf deutet auch die nach fünf Jahren vorgesehene Evaluierung hin).²⁰ Die Regelung muss ausgeweitet werden – mindestens auf alle Verbrechenstatbestände.

So ist schon die jetzige sachliche Beschränkung (Nr. 1) auf *vorsätzlich begangene Tötungsdelikte* nicht nachvollziehbar. Allerdings wird möglicherweise gerade dieser Aspekt dem aus der Praxis bekannten kriminologischen Phänomen des »Overcharging« einen gewissen Einhalt

19 BMJV (Fn. 6), S. 17f.: »4. Dokumentation des Ermittlungsverfahrens: Beschuldigten- und Zeugenvernehmungen sollten jedenfalls bei schweren Tatvorwürfen oder bei einer schwierigen Sach- oder Rechtslage im Regelfall audiovisuell aufgezeichnet werden. Die Vernehmung sollte nach den hierfür geltenden Regelungen zusätzlich protokolliert werden« (12:9:0); zur Begründung: S. 67ff.; dazu auch *Conen*, ANWB Online 2017, 640, S. 642f.

20 Siehe BT-Drucks. 18/11277 v. 22.2.2017, S. 24: »Sollte sich die audio-visuelle Dokumentation der Beschuldigtenvernehmungen in diesem Bereich nach Maßgabe des genannten Ziels der Verbesserung der Wahrheitsfindung bewähren, was fünf Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes evaluiert werden wird, kann über eine Ausweitung der Aufzeichnungspflicht auch auf andere schwere Straftaten nachgedacht werden«.

bieten.²¹ Möglicherweise überlegen sich die Ermittlungsbehörden bei Fällen, die nicht eindeutig einem Tötungsdelikt zuzuordnen sind (man denke an den »Schlag mit dem Bierkrug«) in Zukunft etwas genauer, ob sie von einem Tötungsdelikt ausgehen, weil damit die entsprechende Aufzeichnungspflicht verbunden wäre. Allein dieses Beispiel macht deutlich, wie schwer es fallen wird, bestimmte Konstellationen der Aufzeichnungspflicht zu unterwerfen und andere nicht. Kriminalistisch ist jedenfalls nicht erkennen, warum gerade nur im Bereich des vorsätzlich begangenen Tötungsdelikts ein Bedarf an einer Dokumentation der prozessualen Abläufe bestehen soll.

Das für die Praxis größte Problem ist allerdings die zeitliche Einschränkung des Anwendungsbereichs der Dokumentationspflicht auf die »Vernehmung« des Beschuldigten. Nur für dieses »schmale Zeitfenster« innerhalb der ersten Stunden nach der Kontaktaufnahme der Polizei mit dem Tatverdächtigen besteht unter den weiteren tatbestandlichen Voraussetzungen der Norm eine Pflicht zur audiovisuellen Aufzeichnung. Diese Konstruktion birgt die nicht gerade fernliegende Gefahr, dass Aussageinhalte durch der offiziellen Vernehmung vorgelagerte oder auch nachfolgende informelle (»informativische«) Gespräche zu Tage gefördert werden.

Will man ernsthaft mit der Videodokumentation eine Verbesserung der Wahrheitsfindung und des Beschuldigtenschutzes erreichen, wird man letztlich an strikten Verbotsregelungen in Bezug auf die Beweisverwertung nicht umhin kommen. Die jetzt vom Gesetzgeber getroffene Regelung ist in ihrer Tendenz zu begrüßen, letztlich aber halbherzig. Art und Umfang der audiovisuellen Aufzeichnung sind in einem weiteren Reformschritt gesetzlich näher auszuformulieren. § 136 Abs. 4 StPO muss um konkrete Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote erweitert werden. Insbesondere ist ein Umgehungsverbot (»Vernehmung«) zur Vermeidung informeller Vorgespräche gesetzlich vorzusehen.

21 Zum Begriff: Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung/*Ignor*, 2. Aufl. 2014, § 13 Rn. 12: »Die Staatsanwaltschaft nimmt in eine Anklage von vornherein fragliche Vorwürfe nur deswegen auf – oder stellt sie nicht nach § 170 Abs.2 StPO, sondern gem. §§ 154, 154a StPO ein –, um ihr »Fallenlassen« im Rahmen einer späteren Verständigung als Entgegenkommen anzubieten.«; ferner *Salditt*, ZStW 115 (2003), 570, S. 572; *Weider*, STRAFo 2003, 406, S. 408; *Leipold*, NJW-Spezial 2004, S. 183.

Die tatbestandlichen Voraussetzungen für eine Beschränkung bzw. gar den Ausschluss der Dokumentationspflicht (»und der Aufzeichnung weder die äußeren Umstände noch die besondere Dringlichkeit der Vernehmung entgegenstehen«) sind von der justiziellen Praxis eng zu interpretieren. Dem Einwand einer fehlenden Aufzeichnungsmöglichkeit als »äußerer Umstand« ist der (geplante) flächendeckende Einsatz von sog. »Body-Cams« bei der Polizei entgegenzuhalten, die zumindest hilfweise als Aufzeichnungsgeräte herhalten können. Im Regelfall wird die Polizei die Vernehmung bis zur Verbringung des Beschuldigten in die polizeilichen Räumlichkeiten aufzuschieben haben, wo aufgrund der Opferschutznovellen der letzten Jahre bereits eine hinreichende technische Ausstattung zur Verfügung steht.

Besonders problematisch gestaltet sich die Frage des Akteneinsichtsrechts in Bezug auf audiovisuelle Aufzeichnungen der Beschuldigtenvernehmung. Die Neuregelung des § 136 Abs. 4 StPO verweist gerade nicht auf die Vorschrift des § 58a Abs. 3 StPO, mit der ein Beschuldigter (ebenso wie ein aussagepflichtiger Zeuge) die Herausgabe einer digitalen Kopie seiner Vernehmung verhindern könnte (an deren Stelle träte eine Verschriftlichung der Aussage und die Herausgabe als Protokoll). Hintergrund ist letztlich, den Strafverfolgungsbehörden eine Verschriftlichung der Aufzeichnung zu »ersparen«. Faktisch stellt man den Beschuldigten dann vor die Entscheidung: audiovisuelle Aufzeichnung ohne Möglichkeit, deren Herausgabe an Akteneinsichtsberechtigte zu verhindern – oder Aussageverweigerung.

IV. RECHT AUF EFFEKTIVE VERTEIDIGUNG / BEIORDNUNG EINES VERTEIDIGERS IM ERMITTLUNGSVERFAHREN (§ 141 ABS. 3 STPO)

Ein weiterer neuralgischer Punkt im Konzept einer »effektiven Verteidigung«, der nur unzureichend im Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens Berücksichtigung gefunden hat, ist der effektive Zugang des Beschuldigten zum Verteidiger im Ermittlungsverfahren (gerade in der sog. »ersten Stunde«). Die beharrlich wiederholten Forderungen, die nun endlich mit einer Reform des § 141 Abs. 3 StPO einhergegangen sind, haben ihre Basis in einer Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Dieser hatte schon in seinem viel beachteten *Salduz*

Urteil im Jahr 2008 einen effektiven Zugang des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren zu seinem Verteidiger gefordert.²²

Aufsehen erregt hatte die Thematik insbesondere durch einen Beschluss des 5. Strafsenats des BGH v. 20.10.2014:²³ Die wegen eines Tötungsdelikts ursprünglich per Haftbefehl gesuchte Beschuldigte wurde vor ihrer Vernehmung ordnungsgemäß über ihr Recht auf Verteidigerkonsultation belehrt. Bei einer späteren Vernehmung vor dem Haftrichter und erneuter korrekter Belehrung verzichtete sie auf die Bestellung eines Verteidigers. Auf Vorhalt eines Ausschnitts aus dem polizeilichen Vernehmungsprotokoll räumte die Beschuldigte schließlich die gegen sie erhobenen Vorwürfe ein. Einen Verteidiger hatte der Ermittlungsrichter im konkreten Fall allerdings erst nach Anordnung und Vollzug eines Haftbefehls beigeordnet. Der seinerzeitige Kernsatz des Urteils aus dem Jahr 2014 –

»Der BGH hat bereits mehrfach entschieden, dass nach geltendem Recht (§ 141 Abs. 3 S. 2 StPO) auch mit Bedacht auf Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK keine Pflicht besteht, dem Beschuldigten bereits frühzeitig im Ermittlungsverfahren, etwa beginnend mit dem dringenden Verdacht eines (auch schweren) Verbrechens, einen Verteidiger zu bestellen. Dies gilt auch dann, wenn ein Haftbefehl besteht.«

– kann jedenfalls nach der 2017 getroffenen gesetzlichen Neuregelung so keinen Bestand mehr haben. Dieser an schonungsloser Offenlegung der bisherigen Praxis nicht zu überbietende Satz hatte die Praxis aufhorchen lassen und war deshalb auch zum Anknüpfungspunkt einer von der StPO-Expertenkommission mit sehr deutlicher Mehrheit geforderten Neuregelung des § 141 Abs. 3 StPO geworden.²⁴ Nach Abschluss der Beratungen hatte der EGMR im Urteil *Ibrahim u.a./Vereinigtes Königreich*²⁵ nochmal betont, wie elementar wichtig

22 EGMR, *Salduz/Türkei*, Urt. v. 27.11.2008, Nr. 36391/02, § 55

23 BGH, Beschl. v. 20.10.2014 – 5 StR 176/14, NJW 2015, 265

24 BMJV (Fn. 6), S. 16: »1.6 Antragsrecht des Beschuldigten auf Beiordnung eines Pflichtverteidigers im Ermittlungsverfahren / 1.6.1 Dem Beschuldigten sollte im Ermittlungsverfahren das Recht eingeräumt werden, die Beiordnung eines Pflichtverteidigers zu beantragen.« (19:2:0) / »1.6.2 Für die Entscheidung über die Beiordnung eines Pflichtverteidigers im Ermittlungsverfahren sollte der Ermittlungsrichter zuständig sein.« (21:0:0); zur Begründung: S. 43ff.

25 EGMR [GC], *Ibrahim u.a./UK*, 13.9.2016, Nr. 50541/08 et al.

der Zugang zum Verteidiger im Ermittlungsverfahren als Garantie einer insgesamt effektiven Verteidigung und zur Gewährleistung eines insgesamt fairen Verfahrens ist (Art. 6 Abs. 1, Art. 6 Abs. 3 lit. b, c EMRK).

Nach der bis zum 23. August 2017 gültigen Regelung bestand für die Staatsanwaltschaft ein Antragsmonopol. Es war also für den Ermittlungsrichter nicht möglich, abgesehen von der in § 140 Abs. 1 Nr. 4, § 141 Abs. 3 Satz 5 StPO geregelten Sonderkonstellation der *Vollstreckung* von Untersuchungshaft, dem Beschuldigten ohne einen Antrag der Staatsanwaltschaft einen Verteidiger im Ermittlungsverfahren zu bestellen. Als Reaktion auf eine Verfügung des LG Limburg aus dem Jahr 2011,²⁶ das sich selbstbewusst über das Antragsmonopol der Staatsanwaltschaft mit einem direkten Bezug auf Art. 6 EMRK hinweggesetzt hatte, wurde dann in der Expertenkommission eine Reform des § 141 Abs. 3 StPO mit großer Mehrheit befürwortet.

Die sodann im RefE für das StPO-Reformgesetz getroffene Regelung sah vor:

»Zur Antragstellung ist auch der Beschuldigte berechtigt; sein Antrag ist bei der Staatsanwaltschaft zu stellen, die ihn unverzüglich dem nach Absatz 4 Satz 2 zuständigen Gericht zur Entscheidung vorlegt. Das Gericht, bei dem eine richterliche Vernehmung durchzuführen ist, bestellt dem Beschuldigten einen Verteidiger, wenn die Staatsanwaltschaft dies beantragt oder wenn die Mitwirkung eines Verteidigers aufgrund der Bedeutung der Vernehmung zur Wahrung der Rechte des Beschuldigten geboten erscheint.«

Eine deutliche Abschwächung des Antrags-Modells erfolgte schon in dem nach diversen politischen Beratungen ergangenen Regierungsentwurf:

»Das Gericht, bei dem eine richterliche Vernehmung durchzuführen ist, bestellt dem Beschuldigten einen Verteidiger, wenn die Staatsanwaltschaft dies beantragt oder wenn die Mitwirkung eines Verteidigers aufgrund der Bedeutung der Vernehmung zur Wahrung der Rechte des Beschuldigten geboten erscheint.«

²⁶ LG Limburg (Große Strafkammer), Verfügung v. 27.11.2012 – 5 AR 33/12, NStZ-RR 2013, 87; dazu *Burhoff*, ZAP Nr. 5 v. 28.2.2013, 249, S. 251

Die schließlich im StPO-Reformgesetz getroffene Regelung ist der neue § 141 Abs. 3 Satz 4 StPO zur notwendigen Verteidigung bei »*richterlichen Vernehmungen*« im Ermittlungsverfahren²⁷. Die Neuregelung geht grundsätzlich insofern in die richtige Richtung, als sie das Antragsmonopol der Staatsanwaltschaft dahingehen aufweicht, dass nun auch das Gericht dem Beschuldigten einen Verteidiger bestellen kann, wenn die Mitwirkung des Verteidigers aufgrund der Bedeutung der Vernehmung zur Wahrung der Rechte des Beschuldigten geboten erscheint.

Nicht umgesetzt hat allerdings der Gesetzgeber die – von der StPO-Expertenkommission mit deutlicher Mehrheit – erhobene Forderung nach einem – parallel zu demjenigen der Staatsanwaltschaft – eigenständigen *Antragsrecht* des Beschuldigten, über das dieser dann auch nach einer entsprechenden Anpassung des § 136 Abs. 1 StPO zu belehren wäre.²⁸ Die Neuregelung bleibt daher auf halbem Wege stecken und ihre »Praxistauglichkeit« wird insbesondere davon abhängen, ob und inwieweit Gerichte die ihnen obliegende Fürsorgepflicht für den Beschuldigtenschutz wahrnehmen und in Eigeninitiative und -verantwortung aufgrund »der Bedeutung der Vernehmung zur Wahrung der Rechte des Beschuldigten« diesem einen Verteidiger bestellen. In den wenigsten Fällen wird der Beschuldigte jedenfalls selbst auf die Idee kommen, eine entsprechende »Anregung« zu formulieren oder kundzutun.

Bemerkenswert ist allerdings der Umstand, dass der Gesetzgeber eine Verpflichtung des Gerichts zur Bestellung des Verteidigers formuliert, wenn eben die entsprechenden Voraussetzungen vorliegen, und damit zugleich eine gerichtliche Sonderzuständigkeit gegenüber der in § 141 Abs. 4 StPO getroffenen Regelung normiert.

Zu kritisieren an der Vorschrift bleibt ferner, dass sie sich zwar auf alle »*richterlichen Vernehmungen*« (s.o.) erstreckt, aber eben zeitlich damit auch auf diese und ihre Durchführung beschränkt bleibt. Relevant werden dürften in der Praxis vor allem die Vorführung des Beschuldigten in einem Termin, in dem richterlich über die Anordnung

²⁷ Zur umstrittenen Frage, ob die Vorschrift ihrem Wortlaut nach auch für richterliche Vernehmungen in der Hauptverhandlung gelten könnte: *Schlothauer*, StV 2017, 557, S. 557f.

²⁸ Mit Kritik hieran: BRAK, Stellungnahme Nr. 17/2017, S. 5; siehe auch *Conen*, AnwBl. Online 2017, 640, S. 643; *Singelstein/Derin*, NJW 2017, 2646, S. 2650

von Untersuchungshaft entschieden werden soll (§§ 115, 128 StPO).²⁹ Das ist an sich eine deutliche Erweiterung gegenüber dem bislang einzigen Fall formal notwendiger Verteidigung im Ermittlungsverfahren, den jetzt § 141 Abs. 3 Satz 5 StPO iVm § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO regelt: die ›Vollstreckung‹ von Untersuchungshaft oder einer einseitigen Unterbringung (›unverzüglich nach Beginn‹). Gerade die Frage, wann eine Mitwirkung des Verteidigers geboten erscheint, wird allerdings eine später, stets im konkreten Einzelfall, zu beurteilende Fragestellung sein. Praxisrelevante Fälle dürfen hier auch solche sein, bei denen es um die richterliche Vernehmung eines Zeugen geht. Die Neuregelung differenziert gerade nicht danach, wer ›Objekt‹ der richterlichen Vernehmung ist. Sie gilt für die Vernehmung des Beschuldigten und die eines Zeugen gleichermaßen. Das eröffnet gerade bei sich abzeichnenden Beschränkungen des Konfrontationsrechts (Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK) eine Möglichkeit und auch prozessuale Pflicht, dass ein Richter auch ohne Antrag der Staatsanwaltschaft dem Beschuldigten einen Verteidiger bestellt.³⁰

Hält ein Gericht die Mitwirkung eines Verteidigers bei einer Vernehmung für geboten und bestellt es diesen gerade aus diesem Grund, so folgt daraus zwingend, dass für den Zeitraum der Vernehmung der Verteidiger nicht nur ein Recht sondern eine ›Pflicht‹ zur Anwesenheit und zur Ausübung seines Fragerechts besitzt. Darauf deutet jedenfalls die Formulierung ›Mitwirkung‹ in § 141 Abs. 3 Satz 4 StPO hin. Die konkreten Abläufe müssen und werden sich allerdings in der Praxis erst noch einspielen. Für die Frage der Verwertbarkeit belastender Angaben wird man auf die allgemeinen Regeln zur Annahme von Beweisverwertungsverböten bei richterlichen Vernehmungen zurückgreifen müssen. Denkbar ist auch, dass bei einem evidenten Mitwirkungsgebot des Verteidigers, aber bei gleichzeitigem Absehen des Gerichts von einer Beiordnung, ein Beweisverwertungsverbot für eine vom Beschuldigten getätigte belastende Aussage angenommen

²⁹ Vgl. AG Stuttgart, STRAFo 2018, 114 (Termin zur Eröffnung eines Haftbefehls)

³⁰ Vgl. BGH, Beschl. v. 25.7.2000 – 1 StR 169/00, BGHSt 46, 93 = NJW 2000, 3505 m. Anm. Gleß, NJW 2001, 3606 = NSrZ 2001, 212 m. Anm. Kumer = StV 2000, S. 593; EGMR, Schatschaschwili/Deutschland (GK), Urt. v. 15.12.2015, Nr. 9154/10 (Verletzung von Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK bei mangelnder Möglichkeit des Angeklagten und der Verteidigung die Geschädigten und zugleich einzigen Zeugen, auf deren Aussagen sich die Verurteilung stützt, zu befragen; vgl. aber auch das Kammer-Urteil v. 17.4.2014 (keine Verletzung).

werden kann. Auch hier wird sich die gerichtliche Praxis allerdings die sog. Widerspruchslösung kaum aus der Hand nehmen lassen.

V. EINBEZIEHUNG VON ANBAHNUNGSGESPRÄCHEN IN DEN SCHUTZBEREICH DER NICHT ÜBERWACHTEN KOMMUNIKATION

Weiteren Reformbedarf offenbart die StPO bei der Einbeziehung von sog. Anbahnungsgesprächen in den Schutzbereich einer effektiven Strafverteidigung – ein Thema, das ebenfalls von der StPO-Expertenkommission diskutiert wurde – aber gar nicht erst den Weg ins Gesetzgebungsverfahren gefunden hat.³¹

Das Problem ist einerseits bei § 148 StPO zu verorten, der in seinem Absatz 1 dem Beschuldigten, auch wenn er sich nicht auf freiem Fuß befindet, den schriftlichen und mündlichen Verkehr mit dem Verteidiger garantiert. Die Formulierung lässt offen, ob für die Eröffnung dieser uneingeschränkten Freiheit der Kommunikation bereits eine Mandatierung vorliegen muss. Darauf deutet zumindest die Wortwahl ›mit dem Verteidiger‹ hin. Wirft man einen Blick auf § 160a StPO (Maßnahmen bei zeugnisverweigerungsberechtigten Berufsgeheimnistägern), so ist auch dort in Absatz 1 eine Ermittlungsmaßnahme untersagt, die sich ›gegen eine in § 53 StPO genannte Person‹ richtet. Auch insoweit ließe sich vordergründig argumentieren, dass es sich bei dieser Person um einen bereits mandatierten Verteidiger handeln muss. Ein hinreichender Schutz des Anbahnungsgesprächs wird letztlich von beiden Vorschriften nicht hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht.³² Das überrascht durchaus, weil hier zeitlich die sensible Phase der Kontaktaufnahme eines Beschuldigten zu einem möglichen Verteidiger tangiert wird. Gerade in dieser frühen Phase befindet sich der Beschuldigte häufig noch in einer Druck- und Stresssituation, weil er im

³¹ BMJV (Fn. 6), S. 16: ›1.7 Einbeziehung von Anbahnungsgesprächen zwischen Rechtsanwälten und Beschuldigten in den Schutzbereich des § 148 StPO / Mündlicher Verkehr im Anbahnungsstadium zwischen Rechtsanwälten und Beschuldigten sollte in den Schutzbereich des § 148 StPO einbezogen werden.‹ (18:3:0); zur Begründung: S. 47ff.

³² Vgl. dazu auch OLG München, Beschl. v. 30.4.2012 – 4 Ws 74/12, NSrZ-RR 2012, 294: ›Der im Zeitpunkt der Zusendung der Briefe bestehende sogenannte Anbahnungsfall stellt kein erforderliches Verteidigungsverhältnis dar und ist auch einem solchen nicht gleichzustellen. Denn dem Missbrauch wäre Tür und Tor geöffnet, wenn die JVA verpflichtet wäre, den Schriftverkehr für eine Vielzahl von Anbahnungsgesprächen ohne Kontrolle zuzulassen.‹; siehe auch LG Düsseldorf, Beschl. v. 15.12.2015 – 12 KLs 31/15, § 5 (juris), BeckRS 2016, 00041.

Unklaren darüber ist, wer für ihn seine rechtlichen Interessen wahrnehmen kann und wird.

Die Thematik ist im menschenrechtlichen Kontext zu verorten, konkret im sachlichen Schutzbereich des von Art. 8 Abs. 1 EMRK geschützten Anspruchs auf Achtung des Privatlebens. Selbstverständlich spielen auch Aspekte der effektiven Verteidigung eine Rolle, wie sie in Art. 6 Abs. 3 *lit. c* EMRK zum Ausdruck kommen. Aber auch unionsrechtlich ist die Thematik determiniert, durch Art. 3 der Richtlinie 2013/48/EU zum Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand im Strafverfahren³³, die im Wesentlichen skizziert, welche Art des Zugangs zu einem Rechtsbeistand die Vertragsstaaten der Union garantieren müssen. Art. 3 Abs. 1 RL normiert, dass die Mitgliedstaaten der Union sicherzustellen haben, 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. Schon diese Forderung lässt nur den Schluss zu, dass auch die Anbahnungsphase hinreichend gegen staatliche Überwachung geschützt sein muss, so dass später noch eine effektive Verteidigung möglich ist. Es leuchtet schlicht nicht ein, warum in dieser Phase eine Überwachung des Verkehrs einer zur Verteidigung bereiten Person und dem Beschuldigten zulässig sein soll, wenn später unzweifelhaft jegliche Beschränkungen der Kommunikation auch in Form einer Überwachung zu unterbleiben haben.

Art. 3 Abs. 2 RL 2013/48/EU sagt ausdrücklich, dass verdächtige oder beschuldigte Personen unverzüglich Zugang zu einem Rechtsbeistand erhalten können. Die Art und Weise der Gewährleistung dieses Zugangs ist näher in Absatz 3 dargelegt. Auch diese Vorschriften sagen zwar nicht explizit, dass die Anbahnungsphase von ihnen erfasst ist; dies ließe sich aber durch den EuGH in einem Vorabentscheidungsverfahren (Art. 267 AEUV) klären.

³³ Richtlinie 2013/48/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 22.10.2013 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. EU Nr. L 294 v. 6.11.2013, S. 1).

Art. 4 RL 2013/48/EU schützt 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. Auch hier ließe sich zwar vom Wortlaut her argumentieren, dass eine entsprechende Mandatierung erforderlich ist. Ein solcher Ansatz wird allerdings unter dem Gesichtspunkt der Effektivität dem Regelungszweck der Richtlinie in keiner Weise gerecht.

Auch vor einer abschließenden Klärung der Frage durch den EuGH besteht ein Reformbedarf im nationalen Recht. Das Erfordernis eines praktischen und wirksamen Zugangs zum Rechtsbeistand durch die Richtlinie 2013/48/EU muss bereits auf nationaler Ebene überdacht und entsprechend in der StPO verankert werden. Damit würde man nicht zuletzt auch der Rechtsprechung des EGMR zum Recht auf effektive Verteidigung aus Art. 6 EMRK (siehe etwa das Urteil *Petrov/Bulgarien* aus dem Jahr 2011)³⁴ Rechnung tragen. Ziel muss die Stärkung der Position des Beschuldigten sein, insbesondere bei der Gewährleistung und Wahrung der ihm durch § 137 StPO gewährleisteten Rechte. Auch geht es hier letztlich um eine praktische Umsetzung der Selbstbelastungsfreiheit (*nemo tenetur se ipsum accusare*). Schließlich sprechen wir über die praxistaugliche Ausgestaltung des Verfahrensrechts insgesamt. Es macht evident keinen Sinn, übereilt oder gar künstlich eingegangene Mandatierungen später wieder zu lösen, wenn die Gespräche nicht den erwarteten Verlauf nehmen. Etwaige Missbräuche ließen sich in der Praxis durch § 115 Abs. 1 Nr. 1 OWiG sanktionieren.

Bemerkenswert ist, dass sich in der Rechtsprechung bereits Tendenzen abzeichnen, auch die Anbahnungsphase in den Schutzbereich der nicht überwachten Kommunikation zwischen Verteidiger und Beschuldigtem einzubeziehen. Der BGH hat 2014 klargestellt, dass das berufsbezogene Vertrauensverhältnis, das zu schützen § 53 StPO beabsichtige, auch das entsprechende Anbahnungsverhältnis umfasse.³⁵

³⁴ EGMR, *Petrov v. Bulgarien*, Urt. v. 23.6.2011, Nr. 20024/04, § 47: »(...) the Court found that it is problematic to deprive a pre-trial detainee of legal assistance even if during the relevant period he or she does not make any statements that are later used to convict him or her.«

³⁵ BGH, Beschl. v. 18.2.2014 – StB 8/13, NJW 2014, 1314

Diesen Ansatz hat der BGH zwei Jahre später bestätigt, insbesondere hinsichtlich des Normzwecks des § 53 StPO.³⁶

Ein weiteres Indiz für einen Wandel in der Rechtsprechung in Bezug auf den Schutzgehalt von Anbahnungsgesprächen liefert der Beschluss des LG Düsseldorf v. 15.12.2015 – 12 KLS 31/15, der klarstellt, dass die Grundsätze, nach denen dem Verteidiger Dolmetscherkosten zu erstatten sind (Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK, Art. 3 Abs. 3 GG), auch für den Fall gelten, dass ein Wahlverteidiger den Mandanten in Begleitung eines Dolmetschers zu einem Anbahnungsgespräch in der JVA aufsucht. Der einschränkende Zusatz, dies gelte jedenfalls dann, wenn eine Bevollmächtigung des Wahlverteidigers tatsächlich erfolge, es also nicht bei dem fruchtlosen Werbeversuch bleibe, betrifft nur die konkrete Fragestellung der Dolmetscherunterstützung.

Bis zu einer Ergänzung des § 148 StPO durch den Gesetzgeber bleibt Strafverteidigern letztlich in der Praxis nur die Option, zunächst einen Anbahnungssprechschein für ein überwachtes Gespräch zu beantragen.³⁷ Soweit Gerichte und Staatsanwälte dem zum Teil nur bei gleichzeitig vorliegender expliziter Aufforderung durch den Beschuldigten zustimmen, ist eine entsprechende Hartnäckigkeit des Verteidigers gefordert.³⁸ Letzter Ausweg bleibt die behelfsmäßige Erteilung einer Vollmacht an den Verteidiger durch den Beschuldigten, die dann zur Folge hat, dass die Überwachung entfällt und gegebenenfalls die Mandatserteilung später wieder aufgehoben werden kann.³⁹ Von postalischer Kommunikation ist dagegen weiterhin grundsätzlich abzuraten, ggf. könnte man mit dem Zusatz »Mandatsanbahnung« auf die Schutzbedürftigkeit der Kommunikation hinweisen.⁴⁰ Eine zuverlässige Vertraulichkeit der Kommunikation ist letztlich nur durch eine Ergänzung des § 148 StPO und des § 160a StPO zu erreichen.

³⁶ BGH, Beschl. v. 4.2.2016 – StB 23/14, NSTZ 2016, 740, 741

³⁷ *Burhoff* (Fn. 5), Rn. 2427; *Bosbach*, Verteidigung im Ermittlungsverfahren, 8. Aufl. 2015, S. 22f.; *Bockemühl*, Handbuch des Fachanwalts Strafrecht, 7. Aufl. 2018, Kap. 1 Rn. 19; AnwK-StPO/*Krekeler/Werner*, 2010, § 148 Rn. 4; vgl. auch *Meyer-Goßner/Schmitt*, 61. Aufl. 2018, § 148 Rn. 4 m.w.N. (speziell zu den Missbrauchsmöglichkeiten)

³⁸ *Bosbach* (Fn. 37), S. 22

³⁹ *Burhoff*, (Fn. 5), Rn. 2428; siehe auch *Bockemühl* (Fn. 37), Kap. 1 Rn. 19

⁴⁰ Näher: *Burhoff* (Fn. 5), Rn. 2427

Der RefE des BMJV – Entwurf eines Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens (RefE) v. 27.5.2016 hatte folgende Regelung für einen neuen § 148 Abs. 2 StPO vorgeschlagen:⁴¹

»(2) Gespräche in der Anstalt zwischen dem inhaftierten Beschuldigten und einer nach § 138 Absatz 1 als Verteidiger in Betracht kommenden Person, die der Aufnahme eines Verteidigungsverhältnisses dienen, dürfen nicht überwacht werden. Dies gilt nicht, sofern der Zweck der Inhaftierung oder die Sicherheit und Ordnung in der Anstalt gefährdet werden.«

Gefolgt ist der Gesetzgeber diesem Vorschlag allerdings nicht.

VI. FAZIT

»Nach der Reform ist vor der Reform« – auch nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Gestaltung des Strafverfahrens v. 17.8.2017 bleiben zahlreiche rechtsstaatliche Baustellen in der StPO, von denen hier nur wenige beleuchtet werden konnten. Der Koalitionsvertrag der Regierungsparteien im 19. Deutschen Bundestag setzt allerdings ganz andere Schwerpunkte als die hier herausgegriffenen Themen: effektiverer und praxistauglicher Beschuldigtenschutz steht derzeit einfach nicht auf der politischen Agenda. Umso wichtiger sind die auf der Ebene der Europäischen Union angestoßenen strafprozessualen Harmonierungsmaßnahmen (Richtlinien) und das in ihnen verborgene Argumentationspotential einzuschätzen. Parallel und flankierend dazu ist die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte fortwährend auf ihren Rezeptionsbedarf zu überprüfen.

⁴¹ *Basar/Schiemann*, KRiPoZ 2016, 177, S. 188f.