

Entscheidungsbesprechung

Zeitpunkt der Pflichtverteidigerbestellung

1. Ein Fall der notwendigen Verteidigung im Sinne des § 140 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 StPO gebietet für sich genommen nicht eine Pflichtverteidigerbestellung nach § 141 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 StPO.

2. Für die Frage, ob die sofortige Bestellung eines Verteidigers erforderlich ist, weil ersichtlich ist, dass der Beschuldigte sich selbst nicht verteidigen kann, ist maßgeblich auf dessen individuelle Schutzbedürftigkeit abzustellen.

3. Eine zu Unrecht unterbliebene Bestellung hat nicht grundsätzlich eine Unverwertbarkeit der Beschuldigtenvernehmung zur Folge.

(Amtliche Leitsätze)

StPO § 141 Abs. 2 S. 1 Nr. 3

BGH, Beschl. v. 5.4.2022 – 3 StR 16/22 (OLG Düsseldorf)¹

I. Einführung

Das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung vom 10. Dezember 2019² hat zahlreiche Regelungen der Pflichtverteidigung reformiert, u.a. zum Bestellungszeitpunkt. Während § 141 Abs. 1 StPO a.F. als normativen Regelfall die Bestellung eines Pflichtverteidigers nach Anklageerhebung vorsah und eine vorherige Bestellung im Ermittlungsverfahren nach § 141 Abs. 3 StPO a.F. von einem entsprechenden Antrag der Staatsanwaltschaft abhing, ist nunmehr die Bestellung im Ermittlungsverfahren vorzunehmen, sobald der Beschuldigte dies beantragt (§ 141 Abs. 1 StPO n.F.) – natürlich immer unter der Voraussetzung, dass ein Fall der notwendigen Verteidigung nach § 140 StPO vorliegt. Stellt der entsprechend belehrte Beschuldigte den Beiordnungsantrag hingegen nicht, so nennt § 141 Abs. 2 StPO vier weitere Konstellationen, in welchen es dennoch zur Bestellung zu kommen hat, spätestens jedoch zu dem bekannten Zeitpunkt nach Anklageerhebung (§ 140 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 StPO). Die übrigen Fälle vorheriger Bestellung sind zum einen solche des zu inhaftierenden, des bereits in anderer Sache untergebrachten oder des in anderer Sache inhaftierten Beschuldigten³ (§ 141 Abs. 1 S. 1. Nrn. 1 und 2 StPO). Zum anderen ist die sofortige Bestellung notwendig, sobald ersichtlich ist, „dass sich der Beschuldigte, insbesondere bei einer Vernehmung [...], nicht selbst verteidigen kann“ (§ 141 Abs. 1 S. 1

Nr. 3 StPO). Zu diesem zuletzt genannten Fall liegt mit der Entscheidung des 3. Strafsenats jetzt erstmals eine höchstgerichtliche Entscheidung vor, die zudem noch auf Fragen eines möglichen Beweisverwertungsverbotes eingeht, sofern eine vor der Vernehmung notwendige Verteidigerbestellung fehlerhaft unterblieben war und der Beschuldigte daraufhin Angaben zur Sache gemacht hat.

II. Der Sachverhalt

Dem Verfahren liegt ein in Syrien begangenes Kriegsverbrechen zu Grunde, zu dem der Angeklagte Beihilfe geleistet hatte. Im Juli 2012 erschossen Mitglieder zweier zur Jabhat al-Nusra gehörender Kampfgruppen einen gefangenen genommenen Offizier der syrischen Armee. Der Angeklagte hatte als örtlicher Medienaktivist ein Propagandavideo der Exekution aufgenommen. Durch die Aufnahme sowie seine zeitgleichen, verherrlichenden Kommentare hatte er die Kämpfer in ihrem Tatentschluss bestärkt. Im September 2014 kam der Angeklagte nach Deutschland und im Oktober 2019 wurde bei der Durchsuchung seiner Wohnung eine Festplatte sichergestellt, auf der das Video sowie eine weitere Filmaufnahme von der Hinrichtung gefunden wurden.⁴

Der Angeklagte wurde daraufhin am 17.10.2019, 20.2.2020 und 6.3.2020 als Beschuldigter polizeilich vernommen. Vor allen drei Vernehmungen wurde er jeweils belehrt, im Fall der notwendigen Verteidigung die Bestellung eines Pflichtverteidigers „beanspruchen“ zu können. Sodann äußerte er sich bei den beiden letzten Vernehmungen – unter Einbeziehung eines Dolmetschers –, ohne dass ihm zuvor ein Verteidiger bestellt worden oder er dies beantragt hätte. Nachdem einer der an den Vernehmungen beteiligten Polizeibeamten in der Hauptverhandlung gegen den Angeklagten vor dem nach § 120 Abs. 1 Nrn. 6 und 8 GVG erstinstanzlich zuständigen Strafsenat des OLG über Inhalte der Vernehmungen vom 20.2. und 6.3.2020 als Zeuge gehört worden war, hatte die Verteidigung der Verwertung der entsprechenden Aussagen widersprochen.⁵ Gleichwohl stützte sich das OLG auf diese Angaben und verurteilte den Angeklagten wegen Beihilfe zum Kriegsverbrechen gegen eine Person durch Tötung (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 VStGB) in Tateinheit mit Beihilfe zum Mord und mit Unterstützung einer terroristischen Vereinigung im Ausland zu einer Freiheitsstrafe von neun Jahren.⁶

III. Die Entscheidung des Senats

Die gegen das Urteil des OLG gerichtete Revision des Angeklagten blieb im Wesentlichen erfolglos,⁷ wobei der Senat die

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=caa0e6dd21a5c0415ab36b3793bab06e&nr=129671&pos=0&anz=2> (14.7.2022).

² BGBl. I 2019, S. 2128; einen Überblick über die Neuregelungen geben *Kraft/Girkens*, NStZ 2021, 454; *Spitzer*, StV 2020, 418.

³ *Jahn*, in: Becker u.a. (Hrsg.), Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 4/2, 27. Aufl. 2021, § 141 Rn. 25.

⁴ BGH, Beschl. v. 5.4.2022 – 3 StR 16/22, Rn. 2.

⁵ BGH, Beschl. v. 5.4.2022 – 3 StR 16/22, Rn. 5.

⁶ BGH, Beschl. v. 5.4.2022 – 3 StR 16/22, Rn. 1, 5.

⁷ Der Senat hob lediglich die vom OLG ausgesprochene Einziehung der Festplatte auf, weil nicht festgestellt war, ob diese unmittelbar auf die Beihilfehandlung zurückging, und es sich daher nicht ausschließen ließ, dass auf sie erst später eine Kopie der Aufnahmen gespeichert wurde, vgl. BGH, Beschl. v. 5.4.2022 – 3 StR 16/22, Rn. 29 ff. Dieser Aspekt der Entscheidung soll aber an dieser Stelle nicht näher behandelt werden.

ebenfalls erhobene Sachrüge hinsichtlich der Schuld- und Straffrage anscheinend als offensichtlich unbegründet ansah⁸ und nur auf die Verfahrensrüge einer Verletzung von § 141 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 StPO näher einging. In diesem Kontext erörtert der *Senat* zunächst, ob schon der Umstand einer notwendigen Verteidigung die sofortige Bestellung auch ohne Antrag gebietet, weil § 141 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 StPO entsprechend extensiv auszulegen wäre (1.), ob im Übrigen eine Situation der Verteidigungsunfähigkeit nach dieser Bestimmung vorlag (2.) und schließlich, ob die im Wortlaut nicht korrekte Belehrung des Angeklagten zu einem Beweisverwertungsverbot führen kann (3.).

1. Zur Auslegung der Verteidigungsunfähigkeit i.S.v. § 140 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 StPO

a) Wortlaut und Systematik

Der *Senat* gelangt über systematische Überlegungen zunächst zu dem Ergebnis, die Annahme eines Falles notwendiger Verteidigung gebiete ohne Weiteres keine sofortige Verteidigerbestellung ohne entsprechenden Antrag des Beschuldigten. Ein Fall notwendiger Verteidigung bestand hier, und zwar gem. § 140 Abs. 1 Nr. 1 (Anklage zum OLG zu erwarten) und Nr. 2 StPO (Verbrechen als Verfahrensgegenstand). Nach den insoweit eindeutigen Regelungen in § 141 Abs. 1 und 2 StPO genüge dies, so der *Senat*, noch nicht zur sofortigen Bestellung noch im Ermittlungsverfahren; vielmehr bedürfe es zusätzlich entweder eines Antrages des Beschuldigten (§ 141 Abs. 1 StPO) oder alternativ einer der Fallgruppen des § 141 Abs. 2 StPO, in welchen weitere hinzutretende Umstände die unverzügliche Verteidigerbestellung erfordern.⁹

Diese Annahme wird im Schrifttum z.T. in Zweifel gezogen.¹⁰ Argument ist in diesem Zusammenhang zunächst, auch in § 140 Abs. 2 StPO, der generalklauselartig sämtliche Fälle notwendiger Verteidigung nach § 140 Abs. 1 StPO umfasse, finde sich dieselbe Formulierung fehlender Verteidigungsunfähigkeit wie in § 141 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 StPO. Das Gesetz gehe deshalb davon aus, jeder der in § 140 Abs. 1 StPO genannten Fälle sei ein Unterfall fehlender Selbstverteidigungsunfähigkeit. Wenn § 141 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 StPO dieselbe Wendung beinhalte, so sei auf seiner Basis die Bestellung selbst ohne Antrag immer schon dann erforderlich, wenn sich prospektiv für die Hauptverhandlung ein Fall notwendiger Verteidigung ergebe. Das sei auch schon deshalb richtig, weil der Beschuldigte im Ermittlungsverfahren besonders vulnerabel sei.¹¹ Während letzteres zweifellos zutrifft, ist der systematischen Argumentation freilich entgegenzuhalten, dass die Unfähigkeit, sich selbst zu verteidigen, ihrerseits nur einen Unter-

fall von § 140 Abs. 2 StPO bildet und auch längst nicht allen Konstellationen des § 140 Abs. 1 StPO zu Grunde liegt. Vielmehr handelt es sich um einen Fall der Verteidigungsbedürftigkeit aus besonderen subjektiven Gründen, der durchaus auch unterhalb der Fall- oder Sanktionsschwere eintreten kann, die § 140 StPO ansonsten häufig zum Maßstab erhebt. Eine solche Verteidigungsunfähigkeit nach § 140 Abs. 2 StPO, die sich nicht unter § 140 Abs. 1 StPO subsumieren ließe, wäre etwa im Falle eines psychisch gestörten Beschuldigten eines Bagatellvergehens anzunehmen. Einen generelleren, z.T. objektiven Maßstab legt dagegen die ebenfalls in § 140 Abs. 2 StPO zu findende Alternative der gebotenen Mitwirkung eines Verteidigers zu Grunde, die regelmäßig unabhängig von der individuellen Verteidigungsbefähigung zur Annahme eines Falles notwendiger Verteidigung führt. Insofern meint § 141 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 StPO aus systematischem Blickwinkel tatsächlich allein den Fall besonderer individueller, vor allem in der Vernehmungssituation plötzlich aufscheinender Verteidigungsunfähigkeit, während der subjektiv an sich Verteidigungsfähige darauf verwiesen ist, selbst aktiv zu werden, um sofort einen Verteidiger zu erhalten. Es kommt hinzu, dass die Verteidigungsunfähigkeit im Ermittlungsverfahren andere Kompetenzen erfordert als im Hauptverfahren, wo komplizierte verfahrensrechtliche Situationen hinzutreten können (man denke an Beweis- oder Ablehnungsanträge, Verlesungs- oder Verwertungsfragen), die im Ermittlungsverfahren noch keine Rolle spielen. Dem *Senat* ist deshalb darin beizupflichten, dass entsprechend seinem ersten Leitsatz der Umstand eines Falles notwendiger Verteidigung nach § 140 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 StPO für sich genommen zu keiner Annahme der Voraussetzungen von § 141 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 StPO zwingt. Man mag wegen der besonderen Bedeutung des Ermittlungsverfahrens und der oft angespannten psychischen Situation von Beschuldigten den Beistand durch einen Verteidiger über diese klare gesetzliche Lage hinaus für generell sinnvoll halten; das nationale Recht bietet für eine regelmäßige sofortige Verteidigerbestellung hingegen keine Handhabe.

b) Vereinbarkeit mit europäischem Recht?

Auf einer anderen Ebene liegt die Frage, mit welcher sich der *Senat* im Anschluss befasst, nämlich ob nicht die sog. PKH-Richtlinie (PKH-RL)¹² eine andere, extensive Auslegung von § 141 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 StPO gebietet. Hierzu wird vertreten, eine Antragspflicht, wie faktisch in § 141 Abs. 1 StPO eingeführt, bleibe hinter dem Schutzniveau PKH-RL zurück und sei daher mit dieser unvereinbar.¹³ Dabei ist freilich zu sehen, dass die PKH-RL anders konzipiert und nur bedingt auf das

⁸ Vgl. BGH, Beschl. v. 5.4.2022 – 3 StR 16/22, Rn. 28.

⁹ BGH, Beschl. v. 5.4.2022 – 3 StR 16/22, Rn. 8 f., unter Bezugnahme auf den Bericht des Rechtsausschusses v. 13.11.2019 zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung, BT-Drs. 19/15151, S. 6.

¹⁰ *Jahn* (Fn. 3), § 141 Rn. 31 ff., *Krawczyk*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StPO, Stand: 1.4.2022, § 141 Rn. 5 f.

¹¹ *Jahn* (Fn. 3), § 141 Rn. 31, 33.

¹² 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 (ABl. EU 2016 Nr. L 297, S. 1), gelegentlich auch als Legal-Aid-Richtlinie bezeichnet.

¹³ *Krawczyk* (Fn. 10), § 141 Rn. 5; *Spitzer*, StV 2020, 418 (421); *Wolf*, StraFo 2022, 185 (186); ähnlich *Jahn* (Fn. 3), § 141 Rn. 31 f.; a.A. *Böß*, NStZ 2020, 185 (186).

deutsche Modell der Pflichtverteidigung abzubilden ist.¹⁴ Wie Art. 3 PKH-RL verdeutlicht, geht es dieser Richtlinie um die Gewährleistung der Finanzierung eines Rechtsbeistandes, nicht um die Gestellung eines solchen. Die Gewährleistung einer wirksamen Verteidigung ist vielmehr Gegenstand der Richtlinie 2013/48/EU,¹⁵ die in Art. 3 Abs. 4 S. 2 allerdings nur für Inhaftierte eine staatliche Verpflichtung zur Sicherstellung enthält, die Verteidigung auch wirksam ausüben zu können, was als Auftrag zur Gestellung eines Verteidigers interpretiert werden kann.¹⁶ Im Übrigen geht die RL 2013/48/EU zwar von einem Verteidigungszugangsrecht aus, überlässt es aber dem Beschuldigten, einen Verteidiger zu rekrutieren. Damit entsteht eine missliche Lage, wenn dem Beschuldigten die Mittel hierzu fehlen.

Die PKH-RL springt nun in diese Schutzlücke. Sie hat folgerichtig im Grunde einen vom Beschuldigten gewählten Verteidiger vor Augen, dessen Bezahlung aus staatlichen Mitteln zu sichern wäre, wenn der Beschuldigte dazu nicht imstande ist. Sie besitzt damit eine ähnliche Zielrichtung wie Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK,¹⁷ der ebenfalls die Gewährleistung von unentgeltlichem anwaltlichem Beistand verlangt, allerdings mit der Beschränkung auf diejenigen Fälle, in denen „dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist;“ eine Bestimmung, die durchaus Ausgestaltungen des nationalen Rechts erlaubt, in denen es keines kostenfreien anwaltlichen Beistands bedarf, wie in den nicht unter § 140 StPO fallenden Konstellationen des deutschen Strafverfahrensrechts. Die PKH-RL enthält demgegenüber deutlich präzisere Kriterien, wann dem Beschuldigten eine finanzielle Unterstützung seiner Verteidigung zu gewähren ist.

Das Recht der notwendigen Verteidigung der StPO ist im Unterschied zur PKH-RL weniger auf finanzielle Unterstützung ausgerichtet, sondern beinhaltet die unmittelbare Bereitstellung eines (kostenfreien) Rechtsbeistandes. Dem Beschuldigten wird somit der Zwischenschritt erspart, sich selbst einen Anwalt zu besorgen und diesen sodann staatlich bezahlen zu lassen, wie es dem Modell der PKH-RL entspräche. Diese bildet daher primär eine – praktisch freilich ebenfalls recht häufig auftretende – Situation ab, nämlich diejenige nachträglicher Beiordnung eines zunächst als Wahlverteidiger mandatierten Rechtsanwalts, welchen der Beschuldigte aus eigenen Mitteln nicht dauerhaft zu bezahlen vermag. Das entspricht indessen nicht dem normativen Regelfall der notwendigen Verteidigung nach § 140 Abs. 1 und 2 StPO.

Diese offenkundige Diskrepanz macht die deutsche Rege-

lung nicht von vornherein richtlinienwidrig, da sie konzeptionell mit der unmittelbaren Gestellung eines staatlich bezahlten Verteidigers sogar mehr leistet. Soweit es freilich um den Aspekt der Bezahlung geht, mag es gleichwohl zu Defiziten gegenüber der PKH-RL kommen. Soweit nämlich die PKH-RL eine finanzielle Unterstützung in Fällen verlangt, die nicht (oder jedenfalls noch nicht in einem frühen Verfahrensstadium wie im Fall des *Senats*) zur Beiordnung eines Pflichtverteidigers führen, bliebe das nationale Recht unzulänglich. Um dies zu klären, muss allerdings – etwas mühsam – jede Einzelregelung der Richtlinie daraufhin untersucht werden, ob sich für sie in den §§ 140 ff. StPO eine ausreichende Entsprechung finden lässt. Wäre dies nicht der Fall und das nationale Recht insoweit lückenhaft, wäre dem durch eine richtlinienfreundliche Auslegung oder gar durch eine Ergänzung *de lege ferenda* Rechnung zu tragen.

Der *Senat* erörtert diese europarechtliche Dimension vor allem im Hinblick auf das Antragserfordernis in § 141 Abs. 1 S. 1 StPO.¹⁸ Dazu verhält sich die PKH-RL nämlich ambivalent. Sie erwähnt einen Antrag in ihrem Art. 6 Abs. 2 („damit sichergestellt ist, dass Verdächtige [...] informiert werden, wenn ihr Antrag auf Prozesskostenhilfe [...] abgewiesen wird.“). Im Übrigen spricht hingegen nur noch der Erwägungsgrund 18 von einem Antragserfordernis („Die Mitgliedstaaten sollten praktische Regelungen für die Bereitstellung der Prozesskostenhilfe einführen. In diesen Regelungen könnte festgelegt werden, dass Prozesskostenhilfe auf Antrag eines Verdächtigen [...] bewilligt wird. Insbesondere angesichts der Bedürfnisse schutzbedürftiger Personen sollte ein solcher Antrag jedoch keine *materiellrechtliche* Voraussetzung für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe sein.“¹⁹). Angesichts dieser etwas kryptischen Formulierung, die auf den ersten Blick nicht zur deutschen Regelung zu passen scheint, weist der *Senat* zunächst auf die fehlende Bindungswirkung der Erwägungsgründe hin. Zudem lasse Erwägungsgrund 18 die Möglichkeit eines Antrags als *verfahrensrechtlicher* Voraussetzung offen. Besonders schutzbedürftigen Personen trage zudem § 141 Abs. 2 S. 1 StPO Rechnung.²⁰ Man wird dem *Senat* im Ergebnis beipflichten können: Das Antragserfordernis in § 141 Abs. 1 S. 1 StPO stellt keine Grundvoraussetzung einer Beiordnung dar, sondern nur der Beiordnung in dem frühen Stadium der Vernehmung. Insofern ist es lediglich für den Entscheidungszeitpunkt relevant, bildet aber keine Grundvoraussetzung einer Beiordnung, weil – wie in unserem Fall – dem Beschuldigten der Verteidiger später auch ohne Antrag beigeordnet werden müsste (vgl. § 141 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 StPO). Der Antrag ist ferner in allen Fällen des § 141 Abs. 2 S. 1 Nrn. 1–3 StPO entbehrlich und kann daher nicht als materielle Voraussetzung einer notwendigen Verteidigung gelten. Er verlegt lediglich den Beiordnungszeitpunkt zeitlich nach vorne.

Nach Art. 4 Abs. 5 PKH-RL ist jedoch weiterhin sicherzustellen, „dass Prozesskostenhilfe unverzüglich und spätestens vor einer Befragung durch die Polizei [...] bewilligt

¹⁴ *Spitzer*, StV 2020, 418 (421).

¹⁵ 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 2013 Nr. L 294, S. 1).

¹⁶ Vgl. auch Erwägungsgrund 28 der RL 2013/48/EU.

¹⁷ Diese Bestimmung wird im Übrigen in Erwägungsgrund 17 der PKH-RL ausdrücklich zitiert.

¹⁸ BGH, Beschl. v. 5.4.2022 – 3 StR 16/22, Rn. 10 ff.

¹⁹ *Hervorhebung* nicht im Original.

²⁰ BGH, Beschl. v. 5.4.2022 – 3 StR 16/22, Rn. 12.

wird.“ Der *Senat* sieht auch in dieser Formulierung kein Hindernis, weil damit nicht festgelegt werde, „ob diese Bewilligung von Amts wegen oder auf Antrag zu geschehen hat.“²¹ Wörtlich genommen verlangt Art. 4 Abs. 5 PKH-RL tatsächlich nur eine unverzügliche Bewilligungsentscheidung. Wenn man ihn zudem im Zusammenhang mit der Möglichkeit liest, eine vorherige Prüfung der Berechtigung vorzusehen (Art. 4 Abs. 2 PKH-RL), und wenn man ferner die Deutung des Antrags als verfahrensrechtliche Voraussetzung zu Grunde legt, so enthält Art. 4 Abs. 5 PKH-RL tatsächlich nur das Gebot, das Bewilligungsverfahren so auszugestalten, dass eine (z.B. auf Antrag oder aus anderen Gründen heraus) fällige Entscheidung noch vor der Vernehmung getroffen wird. Die Bestimmung besagt aber nicht, eine solche Bewilligung sei stets und auch ohne Tätigwerden des Beschuldigten vor jeder Vernehmung veranlasst.

Im Schrifttum wird dies z.T. anders gesehen: Das Antragsersfordernis widerspreche Sinn und Zweck der PKH-RL²² und falle zudem sogar hinter den bisherigen Regelungsstand zurück.²³ Letzteres stimmt freilich nicht. Zwar lautete § 141 Abs. 3 S. 1 StPO a.F. „Der Verteidiger kann auch schon während des Vorverfahrens bestellt werden“, was keinen Antrag voraussetzte und daher scheinbar eine großzügigere Lösung darstellte. Faktisch stand dieser Bestellung jedoch der Umstand entgegen, dass nach § 141 Abs. 4 StPO a.F. allein das Gericht die Beiordnung vornehmen durfte; eine Eilzuständigkeit der Staatsanwaltschaft, wie jetzt in § 142 Abs. 4 StPO verankert, existierte nicht. Das Gericht allerdings konnte faktisch nur entscheiden, wenn ihm dazu die Akten seitens der Staatsanwaltschaft vorgelegt wurden; andernfalls hätte dem Richter jede Kenntnis von dem Fall und der Notwendigkeit der Veranlassung einer Pflichtverteidigung gefehlt.²⁴ Zwar war die Staatsanwaltschaft nach § 141 Abs. 3 S. 2 StPO a.F. verpflichtet, einen Beiordnungsantrag zu stellen, sobald „nach ihrer Auffassung in dem gerichtlichen Verfahren die Mitwirkung eines Verteidigers nach § 140 Abs. 1 oder 2 notwendig sein wird.“ Tatsächlich agierten die Staatsanwaltschaften insoweit zurückhaltend, und das mit Billigung des BGH.²⁵ Die Kann-Regelung in § 141 Abs. 3 S. 1 StPO a.F. lief daher faktisch weitgehend ins Leere und die heutige Regelung wird der Interessenlage des Beschuldigten besser gerecht: Er wird stets belehrt über sein Antragsrecht und kann sodann den Antrag auf Bestellung eines Pflichtverteidigers stellen, über den unverzüglich zu entscheiden ist. Damit dürfte es tatsächlich in deutlich mehr Fällen als zuvor zur Verteidigerbeiordnung bereits in der Vernehmungssituation kommen.

Einen faktischen Rückschritt stellt das neue Recht nur in einem Fall dar, nämlich jenem der – seltenen – richterlichen

Beschuldigtenvernehmung, die auch jenseits der Vorführungsfälle bei Freiheitsentzug einen Fall notwendiger Verteidigung nach § 140 Abs. 1 Nr. 10 StPO bildet. Während hier nämlich die Kann-Regelung in § 141 Abs. 3 S. 1 StPO a.F. dazu führte, dass der Richter stets über die Bestellung nachdenken und diese vornehmen konnte, unterfällt diese Konstellation jetzt § 141 Abs. 1 S. 1 StPO; eine Bestellung ohne Antrag, die ihm nach altem Recht möglich war, wäre dem Richter nunmehr verwehrt.

Im Ergebnis wird man daher konstatieren dürfen, dass die Neuregelung zwar nicht in jeder Hinsicht regelungstechnisch gelungen ist, hinsichtlich der hier in Rede stehenden Konstellation einer polizeilichen Vernehmung in einem Fall notwendiger Verteidigung nach § 140 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 StPO jedoch hinsichtlich des Antragserfordernisses in § 141 Abs. 1 S. 1 StPO den europarechtlichen Vorgaben entspricht.

2. Verteidigungsunfähigkeit nach § 141 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 StPO?

Mangels Antrags des Beschuldigten war nunmehr zu überlegen, ob nicht § 141 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 StPO die sofortige Bestellung eines Verteidigers geboten hätte. Zu der Frage, ob „sich der Beschuldigte [...] nicht selbst verteidigen kann“, erörtert der *Senat* zunächst, ob neben individuellen Dispositionen der Person weitere objektive Faktoren, etwa der Tatschwere, zu berücksichtigen seien, verneint dies aber.²⁶ Das mag zunächst irritieren, denn die Diagnose ausreichender Verteidigungsfähigkeit setzt je nach Tatvorwurf manchmal mehr und manchmal weniger individuelle intellektuelle Kompetenz und psychische Stabilität voraus.²⁷ Gegen den Vorwurf des Diebstahls verteidigt es sich regelmäßig leichter als gegen den hier einschlägigen des im Ausland begangenen Kriegsverbrechens. So meint es der *Senat* offenbar aber auch nicht, denn bei der von ihm sodann geforderten Gesamtwürdigung²⁸ seien ebenso sonstige Umstände zu berücksichtigen, jedenfalls sobald sich Einschränkungen bereits aus der Persönlichkeit ergäben.²⁹ Mit der Maßgabe, dass bei erheblichen oder komplizierten Tatvorwürfen schon kleinere derartige Einschränkungen – z.B. auch eine nur leicht unterdurchschnittliche Intelligenz oder Bildung – genügen müssen, um im Ergebnis Verteidigungsunfähigkeit anzunehmen, wird man das so akzeptieren können.

Vom Aufbau her etwas ungewöhnlich erörtert der *Senat* erst nach allgemeinen Ausführungen zu möglichen Beweisverwertungsverboten (dazu unter 3.), ob der Angeklagte die so beschriebenen Defizite aufgewiesen hat. Kognitive oder sonstige Einschränkungen seien nicht ersichtlich und auch Sprachdefizite hätten nicht vorgelegen.³⁰ Letzteres wird man mit Fragezeichen versehen dürfen, ohne dies in Ermangelung

²¹ BGH, Beschl. v. 5.4.2022 – 3 StR 16/22, Rn. 11.

²² *Jahn* (Fn. 3), § 141 Rn. 6; *Krawczyk* (Fn. 10), § 141 Rn. 5; *Wolf*, *StraFo* 2022, 185 (186).

²³ *Jahn* (Fn. 3), § 141 Rn. 32; anders dagegen *Wolf*, *StraFo* 2022, 185 (186).

²⁴ Anders natürlich in Konstellationen richterlicher Vernehmungen oder Inhaftierungen, jedoch nicht in einem Fall wie dem des *Senats*.

²⁵ BGHSt 47, 233 (237); BGH NSTz 2004, 390.

²⁶ BGH, Beschl. v. 5.4.2022 – 3 StR 16/22, Rn. 16 f.

²⁷ Vgl. zur verwandten Beurteilung i.R.v. § 140 Abs. 2 StPO *Heghmanns*, in: *Heghmanns/Scheffler* (Hrsg.), *Handbuch zum Strafverfahren*, 2008, Kap. VI Rn. 35, 38 ff.; *Stern*, in: *Wassermann* (Hrsg.), *Alternativkommentar zur Strafprozeßordnung*, Bd. 2/1, 1992, § 140 Rn. 52 ff.; *Jahn* (Fn. 3), § 140 Rn. 69.

²⁸ BGH, Beschl. v. 5.4.2022 – 3 StR 16/22, Rn. 18, 24.

²⁹ BGH, Beschl. v. 5.4.2022 – 3 StR 16/22, Rn. 19.

³⁰ BGH, Beschl. v. 5.4.2022 – 3 StR 16/22, Rn. 25.

näherer Kenntnis der Umstände abschließend beurteilen zu können. Der Angeklagte ist Syrer und 2014 nach Deutschland gekommen. Die deutsche Sprache hat er erst in Deutschland erlernt und sie somit zum Zeitpunkt der Vernehmungen (ab Oktober 2019) seit ca. fünf Jahren gesprochen. Eine absolvierte Weiterbildung zum IT-Netzwerktechniker stellt in diesem Kontext ohne Weiteres sicherlich kein Argument für Sprachkompetenz dar, sondern allenfalls für allgemeine intellektuelle Fähigkeiten. Ob vor diesem Hintergrund fünf Jahre genügen, eine völlig fremde Sprache so ausreichend zu beherrschen, um sich gegen Vorwürfe wie den hier in Rede stehenden zu verteidigen, sei einmal dahingestellt. Berücksichtigt man freilich, dass offenbar bei den Vernehmungen ein Dolmetscher zugegen war,³¹ so ist tatsächlich kein Grund einer sofortigen Verteidigerbeordnung gem. § 141 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 StPO zu ersehen.

3. Beweisverwertungsverbot?

Vor allem im Hinblick auf eine unzulängliche Belehrung des Angeklagten nach § 141 Abs. 1 S. 1 StPO nimmt der *Senat* ausführlich zu den Voraussetzungen eines Beweisverwertungsverbot im Kontext unterbliebener Verteidigerbeordnung Stellung. Nach der genannten Vorschrift ist eine Belehrung über das Antragsrecht vonnöten; tatsächlich belehrt wurde der Angeklagte aber darüber, im Falle notwendiger Verteidigung die Bestellung eines Pflichtverteidigers „beanspruchen“ zu können;³² offenbar hatte die Polizei hier ein Formular verwendet, das noch dem vor 2019 geltenden § 136 Abs. 1 S. 5 StPO Rechnung trug. Der *Senat* bezieht diesen Belehrungsmangel zunächst auf die Frage der Verteidigungsunfähigkeit und sieht diese hierdurch zu Recht nicht berührt.³³

Vielmehr steht die Frage im Vordergrund, ob der Belehrungsmangel als selbstständiger Verfahrensfehler zu einem Verwertungsverbot führen kann. Das tut der *Senat* unter Hinweis auf frühere Rechtsprechung sehr kurz ab.³⁴ Ausgangspunkt ist eine Entscheidung des 1. Strafsenats aus dem Jahr 2002, als es noch gar keine gesetzliche Pflicht zur Belehrung über die Möglichkeit einer Pflichtverteidigerbestellung gab. Im damaligen Fall war im Laufe einer Vernehmung die Mittellosigkeit des Vernommenen offenbar geworden, was nach Auffassung des *Senats* zwar Anlass zu einem Hinweis geboten hätte. Dessen Unterbleiben führe aber zu keinem Verwertungsverbot, weil dieser Mangel deutlich weniger schwer wiege als das Unterlassen eines Hinweises auf das Recht zur Verteidigerkonsultation schlechthin, zumal die Beamten kein Vorwurf gezielter Irreführung traf, der Sachverhalt bereits weitgehend aufgeklärt und der Tatvorwurf gravierend war.³⁵ Nach gesetzlicher Regelung der Belehrung über eine Pflichtverteidigung in § 136 Abs. 1 S. 5 StPO a.F. bestätigte der 2. Strafsenat Anfang 2018 diese Linie, und zwar erneut mit Hinweis auf einen gravierenden Tatvorwurf und die Unkenntnis der Be-

amten über die Neuregelung.³⁶ Ganz so eindeutig, wie es der *Senat* nunmehr hinstellt, ist die Lage damit aber wohl dennoch nicht, denn die Ausführungen in beiden Vorentscheidungen legen nahe, dass es im Einzelfall eben doch einmal zu einem Verwertungsverbot kommen kann, wenn die Fallgestaltung eine andere ist, also ein nicht so gravierender Tatvorwurf, eine vorsätzliche Falschbelehrung oder andere für das Gewicht des Verfahrensverstößes bedeutsame Umstände zusammentreffen. Im konkreten Fall allerdings bleibt die Abweichung vom richtigen Belehrungstext überschaubar, die Beamten hatten ganz offensichtlich versehentlich falsch belehrt und erneut handelt es sich um einen gravierenden Tatvorwurf mit demzufolge erheblichem Strafverfolgungsinteresse. Unter Anwendung der von der Rechtsprechung hierzu stets vertretenen Abwägungslösung³⁷ war daher zu keinem Verwertungsverbot zu gelangen.

Interessanterweise sah der *Senat* immerhin Anlass, die Frage eines Verwertungsverbot im Falle fehlerhaft unterbliebener Pflichtverteidigerbestellung noch einmal gründlicher zu erörtern.³⁸ Da ein solcher Fehler nach den bisherigen Überlegungen gar nicht vorlag, handelt es sich bei den Ausführungen freilich um ein die Entscheidung nicht tragendes obiter dictum. Der *Senat* offenbar dabei eingangs wenig Neues. Nach der Betonung, Verwertungsverbote dürften nur ausnahmsweise den Grundsatz der Wahrheitsermittlung einschränken, nennt er im Kern die bekannten Abwägungsfaktoren: das Gewicht des Verfahrensverstößes, das Schutzbedürfnis des Betroffenen, das von der Tatschwere abhängige Aufklärungsinteresse sowie die Relevanz des fraglichen Beweismittels vor dem Hintergrund des bereits bestehenden Tatverdachts.³⁹ Interessant ist allerdings, dass der Aspekt des hypothetischen Ersatzeingriffs, also die Frage, ob der Beweis – hier also die Aussage des Angeklagten vor der Polizei – auch ohne den Fehler erlangt worden wäre, entgegen sonstiger Übung hier nicht ausdrücklich auftaucht. Im Gegenteil führt der *Senat* aus, verfassungsrechtlich sei eine Verwertbarkeit von Informationen ausgeschlossen, die unter Verstoß gegen Rechtsvorschriften gewonnen wurden, wenn dies zu einer Begünstigung rechtswidriger Beweiserhebungen führen würde.⁴⁰ Diese Bemerkung zielt ersichtlich auf die Missachtung eines Richtervorbehalts, bei dem ja der Gedanke des hypothetischen Ersatzeingriffs sonst stets zur Verwertbarkeit führen müsste, was den Richtervorbehalt gleichsam zur belanglosen Ordnungsvorschrift degradierte. Bei einer fehlerhaft unterbliebenen Verteidigerbestellung würde der Gedanke des hypothetischen Ersatzeingriffs dagegen regelmäßig für eine Unverwertbarkeit sprechen, denn selbstredend wird jeder – später beauftragte oder bestellte – Verteidiger plausibel machen

³⁶ BGHR StPO § 136 Belehrung 19.

³⁷ BGHSt 19, 325 (332 f.); 24, 125 (130); 37, 30 (32); 54, 69 (87); BGH NSTz 2016, 551 (552); zu einer eingehenderen Darstellung vgl. Heghmanns, ZIS 2016, 404 (406 f.).

³⁸ BGH, Beschl. v. 5.4.2022 – 3 StR 16/22, Rn. 21 ff.

³⁹ BGH, Beschl. v. 5.4.2022 – 3 StR 16/22, Rn. 21; zur Abwägungslösung vgl. im Übrigen Heghmanns, ZIS 2016, 404 (407) m.w.N. aus der Rspr.

⁴⁰ BGH, Beschl. v. 5.4.2022 – 3 StR 16/22, Rn. 21.

³¹ BGH, Beschl. v. 5.4.2022 – 3 StR 16/22, Rn. 5.

³² BGH, Beschl. v. 5.4.2022 – 3 StR 16/22, Rn. 5, 26.

³³ BGH, Beschl. v. 5.4.2022 – 3 StR 16/22, Rn. 26.

³⁴ BGH, Beschl. v. 5.4.2022 – 3 StR 16/22, Rn. 27.

³⁵ BGH NSTz 2006, 236 f.

können, mit ihm an der Seite hätte der Beschuldigte zweifelsfrei von seinem Schweigerecht Gebrauch gemacht. Ob der *Senat* diese Gefahr gesehen hat und deshalb die Abwägungsfaktoren etwas anders bestimmen und den hypothetischen Ersatzeingriff gänzlich aus dem Abwägungsvorgang eliminieren wollte, muss vorläufig offenbleiben. In der Sache jedenfalls wäre es zweifellos geboten, diesen Aspekt weiterhin jedenfalls zu Gunsten eines Verwertungsverbotes im Rahmen der Abwägung heranzuziehen, und zwar schon deshalb, weil es natürlich für die Schutzbedürftigkeit des Beschuldigten und für das Gewicht des Verfahrensverstößes Auswirkungen haben muss, wenn sich das Verteidigungsverhalten bei korrekter Aufklärung gänzlich anders gestaltet hätte.⁴¹

IV. Bewertung

Den in den Leitsätzen der Entscheidung wiedergegebenen Aussagen kann nach alldem beigeplichtet werden und auch die Verwerfung der Revision des Angeklagten erscheint sachgerecht. Zu Recht geht der *Senat* davon aus, die Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung verstoße nicht gegen die europäischen Vorgaben, wenngleich sicherlich Raum für weitere Optimierungen bleibt.⁴² Ob die Ausführungen zu den Abwägungskriterien bei der Erörterung eines Beweisverwertungsverbotes tatsächlich eine Neujustierung bedeuten oder eine unbeabsichtigte Nuancierung, bleibt abzuwarten. Die gänzliche Ausblendung des hypothetischen Ersatzeingriffs im Rahmen von Beweisverwertungsfragen wäre allerdings wohl keine glückliche Lösung.

Prof. Dr. Michael Heghmanns, Münster

⁴¹ Eingehender zum hypothetischen Ersatzeingriff *Heghmanns*, ZJS 2017, 499 (502).

⁴² Deutlicher *Wolf*, StraFo 2022, 185 (191), die von einer misslungenen Umsetzung spricht.