Thomas Wischmeyer*

Der Zugang des Verteidigers zum Mandanten

Abstract

Der vorliegende Beitrag zum Strafprozessrecht beschäftigt sich mit der Begründung und Ausgestaltung des Kommunikationsverhältnisses zwischen Mandant und Verteidiger. Die Analyse der grundrechtlichen Anforderungen an die strafprozessuale Regelung (Art. 103 GG, Fair-Trial-Grundsatz, Art. 6 III EMRK, Art. 14 III Internationaler Pakt für bürgerliche und politische Rechte) lässt erkennen, dass die Situation eines Beschuldigten, der den staatlichen Organen unverteidigt – und damit oft hilflos – gegenübertritt, zu vermeiden ist (I.). Vor diesem argumentativen Hintergrund werden drei (examensrelevante) Problemkreise mitsamt den hierzu in Lehre und Rechtsprechung entwickelten Ansätzen umfassend und kritisch aufgearbeitet (II.–IV.): Verteidigerrecht und Belehrungspflicht (§§ 136 I S. 2, 137 StPO), Pflichtverteidigung (§§ 140 ff. StPO) und der freie Verkehr zwischen Anwalt und Mandant (§ 148 StPO). Ein rechtsvergleichender Ausblick, der auch die Verfahrensordnung der internationalen Strafgerichtshöfe in den Blick nimmt, ergänzt die Darstellung (V.).

* Der Verfasser ist Student der Rechtswissenschaften an der Universität Freiburg i. Brsg. im 5. Fachsemester und arbeitet als studentische Hilfskraft am Institut für Kriminologie und Wirtschaftsstrafrecht der Universität Freiburg (Prof. Dr. *Hefendehl*). Die vorliegende Arbeit wurde betreut von Prof. Dr. *Perron*, Professor für Strafrecht, Strafprozessrecht und Strafrechtsvergleichung an der Universität Freiburg.

I. Völker- und verfassungsrechtliche Schutzgarantien des Verteidiger-Mandanten-Verhältnisses

Ausgangspunkt jeder rechtsstaatlichen Verteidigung ist das Bestehen eines Kommunikationsverhältnisses, eines Zugangs, zwischen Verteidiger und Mandant während des gesamten Verfahrens.[1] Die Rechtsordnung muss hierfür einen geschützten Kommunikationsraum normativ etablieren und ausgestalten. Die Betrachtung der normativen grund- und völkerrechtlichen Anforderungen an den Schutzumfang konkretisiert die für die Zugangsfrage zentralen Schutzanliegen.

1. International- und konventionsrechtliche Schutzgarantien

Im Völkerrecht gewährt Art. 14 III lit. b) IPbürgR einen Anspruch auf die Begründung eines Verteidigungsverhältnisses durch Auswahl eines Verteidigers und dessen ungehinderten und unüberwachten Zugang.[2] Die EMRK normiert in Art. 6 III lit. c) den Anspruch auf Verteidigerbeistand.[3] Daneben erkennt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte den Anspruch auf freien Verkehr zwischen Mandant und Anwalt als fundamentalen Bestandteil des Fair-Trial-Konzepts an und verortet ihn in Art. 6 III lit. b) und c) EMRK.[4] Dabei schützt Art. 6 III lit. b) EMRK den mündlichen und schriftlichen Kontakt,[5] während Art. 6 III lit. c) EMRK das Recht auf ungestörten und unüberwachten Verkehr mit dem Verteidiger gewährleistet.[6] Gemeinsam umschreiben Art. 6 III lit. b) und c) EMRK die konventionsrechtliche Dimension des Verteidigerkontakts. Darüber hinaus enthält die EMRK als Zielvorstellung die effektive Verteidigung (*défence efficace*), die durch eine *effet-utile*-orientierte Auslegung zu befördern ist.[7] Art. 6 EMRK umfasst daher auch das Recht auf einen Wahlverteidiger sowie den Anspruch auf einen Pflichtverteidiger, der eine angemessene Verteidigung sichern soll.[8] Mittlerweile ist die Erweiterung der zeitlichen Schutzdimension auf das Vorverfahren anerkannt.[9]

---

1 Vgl. *Beulke*, Überwachung des Fernsprechanschlusses eines Verteidigers, Jura 1986, S. 642, 645. „Kommunikation" ist dabei im systemtheoretischen Sinn weit zu verstehen, vgl. *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 91 ff.

2 Vgl. auch Resolution (73) 5 des Ministerkomitees des Europarats sowie Regel 93 der Standardmindestregeln des Ministerkomitees des Europarats für die Behandlung von Häftlingen.

3 Parallelregelung in Art. 8 II lit. d) Amerikanische Menschenrechtskonvention.

4 *EGMR*, Digest of Strasbourg Case-Law relating to the European Convention on Human Rights, Volume 2 (Article 6), 1984, S. 801; *Frowein/Peukert*, Kommentar zur EMRK, 2. Aufl. (1996), Art. 6 Rn. 132. Siehe auch Art. 3 II lit. c) des European Agreement relating to persons participating in proceedings of the European Commission and Court of Human Rights.

5 *Frowein/Peukert* (Fn. 4), Art. 6 Rn. 173.

6 *EGMR* v. 28. 11. 1991, Serie A, Bd. 220, S. 16 Nr. 58 (S. ./. Schweiz).

7 St. Rspr. vgl. *EGMR*, EuGRZ 1979, 626 ff.; *Peters*, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention, 2003, S. 19.

8 *EGMR* (Fn. 4), S. 815.

9 *Meyer-Ladewig*, EMRK Handkommentar, 2003, Art. 6 Rn. 92. Differenziert: *Spaniol*, Das Recht auf Verteidigerbeistand im Grundgesetz und in der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1990, S. 138 ff.

2. Verfassungsrechtliche Verortung

Anders als die internationalen Rechtsdokumente und entgegen Art. 135 II Herrenchiemsee-Entwurf finden der Verteidiger und das Recht auf seine Beiziehung keine Erwähnung im GG.[10] Der Schutz dieser Institute ist dennoch allgemein anerkannt, auch wenn er von Literatur und Rspr. unterschiedlich verortet wird.[11] Da beide Argumentationen tragen, ist davon auszugehen, dass sich sowohl aus Art. 103 I GG[12] als auch aus dem Gebot des fairen Verfahrens[13] ein Verteidigerrecht ergibt.[14] Bei Prozessen mit besonderer Tragweite oder Schwierigkeit, entfalten beide Garantien auch eine leistungsrechtliche Dimension und gewähren Anspruch auf einen Pflichtverteidiger.[15] Inhalt und Schranken der Zugangsrechte sind entsprechend der Intention des Verfassungsgebers im einfachen Recht umgesetzt.[16]

3. Folgerungen aus den verfassungsrechtlichen Anforderungen für die Ausgestaltung des Zugangs

Aus den konventions- und grundrechtlichen Vorgaben ergibt sich folgendes Verständnis des Instituts der Strafverteidigung im Rechtsstaat: Sie gewährleistet, dass derjenige, der durch ein Strafverfahren betroffen ist, seine prozessualen Rechte tatsächlich umsetzen kann. Denn der Bürger steht der Komplexität der Rechtsordnung oft hilflos gegenüber.[17] So ist zu befürchten, dass der auf sich gestellte Beschuldigte in der Konfrontation mit professionellen Strafverfolgungsbehörden zum bloßen Verfahrensobjekt wird.[18] Es ist Aufgabe des Verteidigers, den Beschuldigten als vollberechtigtes Prozesssubjekt zu etablieren, das den Verfolgungsorganen des Staates auf gleicher Augenhöhe entgegentreten kann.[19] Die Figur des „unverteidigten Beschuldigten" ist zu vermeiden.

Systematisiert ergeben sich hieraus für den Rechtsstaat drei konkrete Aufgaben im Zusammenhang mit der in Rede stehenden Zugangsproblematik: Um den geforderten kommunikativen Schutzraum zu etablieren, bedarf es sowohl des Rechts, sich in jedem Verfahrensstadium eines Verteidigers zu bedienen (II.), als auch der Verpflich-

---

10 Vgl. *Spaniol* (Fn. 9), S. 219 ff. Zur Bewertung historischer Auslegung in diesem Zusammenhang siehe auch *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, 1958 ff., Art. 103 Rn. 103.

11 Vgl. *Barton*, Mindeststandards der Strafverteidigung, S. 55 ff.

12 H. L., vgl. *ebd.*, S. 55 f.; *Schultze-Fielitz*, in: Dreier, Grundgesetz, 1998, Art. 103 I Rn. 52 je m. w. N.; dagegen in st. Rspr. z. B. *BVerfGE* 9, 124 (132).

13 Zuletzt *BVerfGE* 63, 380 (390 f.); 68, 237 (255 f.); siehe näher *Barton* (Fn. 11), S. 57; *Dreier*, in: Dreier (Fn. 12), Art. 2 I Rn. 24; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Fn. 12), Art. 20 Rn. 203.

14 Ebenso *Barton* (Fn. 11), S. 56.

15 *BVerfGE* 39, 238 (243); 68, 237 (255 f.); *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Fn. 12), Art. 20 Rn. 203; *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Fn. 10), Art. 103 Rn. 105.

16 Vgl. *v. Doemming*, Art 103, JöR 1 (1951), S. 741, 743.

17 *Schultze-Fielitz*, in: Dreier (Fn. 12), Art. 103 I Rn. 52.

18 *Wassermann*, in: Alternativkommentar GG, 2. Aufl. (1989), Art. 103 Rn. 28.

19 Vgl. *BVerfGE* 9, 89 (95); *Heinicke*, Der Beschuldigte und sein Verteidiger in der Bundesrepublik Deutschland, 1984, S. 351; *Stade*, Die Stellung des Verteidigers im Ermittlungsverfahren, Diss. Göttingen, 1997, S. 6 f.

tung des Staats, in bestimmten Fällen für die Bestellung eines Verteidigers zu sorgen (III.). Die Ausgestaltung des Schutzraums fordert dann vom Staat, jedes Eindringen in ihn zu unterlassen (IV.).

II. Recht des Beschuldigten auf einen Verteidiger

§ 137 I S. 1 StPO gibt dem Beschuldigten das Recht, sich in allen Verfahrensstadien eines Verteidigers zu bedienen.[20] Dieses prozedurale Beschuldigtenrecht entfaltet erst durch die damit korrespondierende Pflicht staatlicher Organe zur Belehrung des Beschuldigten seine Wirksamkeit (1.). Besondere Bedeutung kommt dabei dem Ermittlungsverfahren zu (2.).

1. Der Zusammenhang von Verteidigerrecht und Belehrungspflicht

Da nach allgemeiner Anschauung die Vernehmung gem. § 136 StPO aufgrund verfassungsrechtlicher Vorgaben jedenfalls auch Verteidigungszwecken dient,[21] ergibt sich zwingend die Notwendigkeit einer Belehrungspflicht, da häufig erst durch die Belehrung eine funktionierende und effektive Verteidigung realisiert werden kann.[22] Kumulativ mit dem Hinweis auf das Recht zur Aussageverweigerung schützt die Belehrung zudem den *nemo-tenetur*-Grundsatz.[23] Der Beschuldigte soll durch eine möglichst neutrale Belehrung in die Lage versetzt werden, die Möglichkeiten seiner Mitgestaltung kennenzulernen. Jede Beeinflussung der Entscheidung des Beschuldigten verstößt gegen § 136 I S. 2 StPO.[24]

2. Verteidigerrecht und Belehrungspflicht im Ermittlungsverfahren

Schon im Ermittlungsverfahren erfolgt oft die entscheidende Weichenstellung für den gesamten Prozess.[25] Da die Rechte des Beschuldigten in dieser Phase häufig be-

20 *BVerfGE* 68, 255 m. w. N.; *Beulke*, Muss die Polizei dem Beschuldigten vor der Vernehmung „Erste Hilfe" bei der Verteidigerkonsultation leisten?, NStZ 1996, S. 257, 259; *Lüderssen*, in: Löwe/Rosenberg, 25. Aufl. (ab 1997), § 137 Rn. 2.

21 Siehe nur *Boujong*, in: Karlsruher Kommentar zur StPO (KK-StPO), 5. Aufl. (2003), § 136 Rn. 1; *Rogall*, in: Systematischer Kommentar zu StPO und GVG (SK-StPO), Stand: Oktober 2005, § 136 Rn. 7; *Ventzke*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 21. 5. 1996 – 1 StR 154/96, StV 1996, S. 524, 526, alle m. w. N.

22 *Roxin*, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 29. 10. 1992 – 4 StR 126/92, JZ 1993, S. 426, 427. Empirisch: *Wulf*, Strafprozessuale und kriminalpraktische Fragen der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung, 1984, S. 202 ff.

23 Zum engen Zusammenhang der Rechte *BGH*, NJW 2002, 985 (986): hiernach dient die Konsultation des Anwalts der Entscheidung, ob vom Schweigerecht Gebrauch gemacht werden soll oder nicht. Siehe auch *Beulke* (Fn. 20), S. 258; *Lüderssen*, in: Löwe/Rosenberg (Fn. 20), § 137 Rn. 66. Rechtshistorisch und -vergleichend: *Eser*, Aussagefreiheit und Beistand des Verteidigers im Ermittlungsverfahren, ZStW 79 (1967), S. 565, 601.

24 Vgl. *Hamm*, Staatliche Hilfe bei der Suche nach Verteidigern, NJW 1996, S. 2185, 2186.

25 *Beckemper*, Der Antrag auf Bestellung eines Pflichtverteidigers im Ermittlungsverfahren,

schränkt sind[26], ist es von besonderer Bedeutung, dass der Verteidigung schon hier angemessene Bedingungen, auch bzgl. der Belehrung, eingeräumt werden.[27] Die rechtliche Ausgestaltung des Ermittlungsverfahrens ist dabei im Fluss.[28] Die vorliegende Darstellung muss daher die *de lege ferenda* zu berücksichtigenden grundrechtlichen Vorgaben besonders betonen.

a) Bloß informatorische Tätigkeit von Polizei und StA

Hat die Polizei noch keinen konkreten Anfangsverdacht, fehlt es an der Beschuldigtenstellung des § 137 I S. 1 StPO.[29] Dementsprechend bestehen nach ganz h. M. keine Belehrungspflichten, da sich der Betroffene einer Vernehmungssituation i. d. R. schon aufgrund seiner allgemeinen Handlungsfreiheit entziehen kann.[30] Anders ist zu entscheiden, wenn dem Betroffenen die Beschuldigtenstellung vorenthalten wird.[31]

b) Erste polizeiliche Befragung, § 163a IV i. V. m. § 136 I S. 2 StPO

Bei der Beschuldigtenvernehmung folgen die Belehrungspflichten aus § 163a IV i. V. m. § 136 I S. 2 StPO. Hierzu gehört der Hinweis auf das Recht, einen Verteidiger beiziehen zu können. Entscheidet sich der Beschuldigte hierfür, kann die Vernehmung nicht gegen seinen Willen fortgesetzt werden.[32] Vielmehr muss dem Beschuldigten eine angemessene Frist zur Konsultation und Beratung eingeräumt (i. d. R. einige Stunden bis wenige Tage) und ein neuer Termin nach deren Ablauf anberaumt werden.[33] Die Unterbrechung darf nicht zur Umgehung des Konsultationsrechts durch informelle Gespräche genutzt werden.[34]

c) Die besondere Situation des sich nicht in Freiheit befindlichen Beschuldigten

Eine besondere Gefahrenkonstellation für den Betroffenen ergibt sich, wenn er sich z. Zt. der ersten polizeilichen Befragung nicht in Freiheit befindet (z. B. bei vorläufi-

---

NStZ 1999, S. 221; *Klemke*, Unterlassene Pflichtverteidigerbestellung im Ermittlungsverfahren und ihre Konsequenzen, StV 2003, S. 413; *Lüderssen*, in: Löwe/Rosenberg (Fn. 20), § 137 Rn. 17; *Müller*, Bemerkungen zu den Grundlagen der Reform des Ermittlungsverfahrens, AnwBl 1986, S. 50, 51 f.; grundlegend *Peters*, Fehlerquellen im Strafprozess, 2. Band, 1972, S. 195, 299.

26 Siehe nur *Weider*, Pflichtverteidigerbestellung im Ermittlungsverfahren und Opferschutz, StV 1987, S. 317, 319.

27 *Müller* (Fn. 25), S. 52.

28 Zur Diskussion *Vogel*, Chancen und Risiken einer Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens, JZ 2004, S. 827 f.

29 *Beulke*, Strafprozessrecht, 8. Aufl. (2005), Rn. 111 f.

30 *BGHSt* 38, 214 (227 f.); *Boujong*, in: KK-StPO (Fn. 21), § 136 Rn. 4; *Rieß*, in: Löwe/Rosenberg (Fn. 20), § 163a Rn. 73.

31 Vgl. *BGHSt* 38, 214 (227 f.); *BGH*, NStZ 1983, 86; aus jüngster Zeit *BGH*, NStZ-RR 2004, 368.

32 *BGHSt* 38, 372 f.; *Boujong*, in: KK-StPO (Fn. 21), § 136 Rn. 14 m. w. N.

33 *Beulke* (Fn. 20), S. 259; *Boujong*, in: KK-StPO (Fn. 21), § 136 Rn. 14; *Meyer-Goßner*, Strafprozessordnung, 47. Aufl. (2004), § 136 Rn. 10; eine aus dem Leben gegriffene Beschreibung dieser Situation findet sich bei *Hamm* (Fn. 24), S. 2186.

34 *Beulke* (Fn. 20), S. 259 f.

ger Festnahme, U-Haft oder Strafhaft in anderer Sache). Auch hier ist zunächst die Vernehmung zu unterbrechen (i. d. R. ein bis zwei Tage) und erneute Vorführung anzuordnen, wenn der Beschuldigte sein Recht geltend macht.[35] *Lüderssen* weist darauf hin, dass § 137 I S. 1 StPO weiter fordert, dass der Beschuldigte wie ein in Freiheit Befindlicher die Möglichkeit zu Verteidigerkontakt und Mandatsanbahnungsgespräch hat.[36] Da für ihn die Möglichkeit eines freien Vertragsabschlusses ohne staatliche Hilfe i. d. R. ausscheidet, ist aus dem Fair-Trial-Grundsatz abzuleiten, dass staatliche Organe aktiv die durch den Freiheitsentzug entstandenen Nachteile ausgleichen müssen.[37]

Unstreitig ist, dass der Beschuldigte davon in Kenntnis gesetzt werden muss, wenn sich ein Anwalt für ihn gemeldet hat, auch wenn dieser von Dritten beauftragt wurde.[38] Eine weitergehende Handlungspflicht wurde erstmals in *BGHSt* 42, 15 anerkannt.[39] Darin folgt der fünfte Senat dem Anliegen der Literatur, die Beschuldigtenbelehrung wegzuentwickeln von einer rein formelhaften Prozedur, in der dem Betroffenen seine Rechte aufgrund der spezifischen Kommunikationssituation der Vernehmung oft nur hypothetisch erscheinen oder ihn sogar die Angst vor negativen Folgen von der Geltendmachung seiner Rechte abbringt.[40] Entscheidend soll dagegen sein, dass der Beschuldigte in der Lage ist, seine Rechte wirklich auszuüben.[41] Daher sind die Ermittlungsbehörden verpflichtet, dem Beschuldigten vor der Vernehmung ‚Erste Hilfe' bei der Verteidigerkonsultation zu leisten.[42]

Regelmäßig müssen wenigstens die technischen Möglichkeiten zur Realisierung des Verteidigerkontakts zur Verfügung gestellt werden.[43] Wird jedoch eine schnelle Vernehmung angestrebt (vgl. z. B. §§ 115, 115a, 128 StPO) oder weist der Betroffene erkennbare Handicaps auf (z. B. bei Älteren, Ausländern oder Behinderten), ist erhöhte Unterstützung zu leisten. Im konkreten Fall genügte bekanntermaßen die Aushändigung eines Branchentelefonbuchs an einen des Deutschen nicht mächtigen

35 *Beulke* (Fn. 20), S. 258 f.; *Hanack*, in: Löwe/Rosenberg (Fn. 20), § 136 Rn. 29.

36 *Lüderssen*, in: Löwe/Rosenberg (Fn. 20), § 137 Rn. 66, 74.

37 Häufig wird dieses Postulat aus der sog. Fürsorgepflicht des Staates abgeleitet, vgl. *Lüderssen*, in: Löwe/Rosenberg, 24. Aufl. (1989), § 137 Rn. 63 m. w. N. Im konkreten Anwendungsfall erscheint die Herleitung aus dem Fair-Trial-Grundsatz aber überzeugender, vgl. *Maiwald*, Zur gerichtlichen Fürsorgepflicht im Strafprozess und ihren Grenzen, in: Lange – FS, 1976, S. 754, 763 f.

38 *Lüderssen*, in: Löwe/Rosenberg (Fn. 20), § 137 Rn. 67.

39 Begrüßend: *Beulke* (Fn. 20), S. 257; *Jung*, Anspruch auf Zuziehung eines Verteidigers, JuS 1996, S. 1037; *Roxin*, Das Recht des Beschuldigten zur Verteidigerkonsultation in der neuesten Rechtsprechung, JZ 1997, S. 343, 344.

40 Zur Entwicklung der Rspr. zu § 136 I S. 2 vgl. *Hamm* (Fn. 24), S. 2185; *Herrmann*, Das Recht des Beschuldigten, vor der polizeilichen Vernehmung einen Verteidiger zu befragen, NStZ 1997, S. 209, 210.

41 Grundlegend: *BGHSt* 38, 372; begrüßt v. a. von *Ransiek*, Belehrung über Aussagefreiheit und Recht der Verteidigerkonsultation: Folgerungen für die Beschuldigtenvernehmung, StV 1994, S. 343.

42 So *Beulke* (Fn. 20), S. 262.

43 *Ebd.*, S. 259.

Ausländer nicht; vielmehr hätte er insbesondere auf den (existierenden) örtlichen anwaltlichen Notdienst hingewiesen werden müssen.[44] Daneben wäre an Hilfe beim Aussuchen eines Verteidigers aus Listen von Strafverteidigern bzw. im Einzelfall sogar an die Nennung einzelner fremdsprachenkundiger Anwälte zu denken.[45] Gelingt es trotz allem nicht, Kontakt zu einem Verteidiger herzustellen, verlangt *BGHSt* 42, 15 in Übereinstimmung mit dem Rechtsgedanken der §§ 136 I S. 2, 137 StPO, dass die Vernehmung nur nach Vornahme einer erneuten Belehrung, die den Beschuldigten vom Weiterbestehen seines Kontaktrechts in Kenntnis setzt, fortzusetzen ist und sich der Beschuldigte mit der Fortsetzung eindeutig einverstanden erklärt.[46]

Herrmann und *Roxin* arbeiten zu Recht heraus, dass dieser Entscheidung ein Bild des ‚defekten' Beschuldigten zugrunde liegt, den die Ereignisse verwirren und die Vernehmungssituation bedrückt und verängstigt.[47] Die im selben Band der amtlichen Sammlung abgedruckte, nur wenig später ergangene Entscheidung des ersten Senats *BGHSt* 42, 170 vertritt dagegen eine der geschilderten psychologischen Bewertung der Vernehmungssituation ganz entgegengesetzte Auffassung. Hier tritt uns der zu Vernehmende als Person entgegen, die selbst und frei über ihre Rechte entscheiden muss. Zur Hilfspflicht staatlicher Organe ergehen keine Ausführungen.

Diese akademische, unrealistische Einschätzung der Konfrontation des unerfahrenen Beschuldigten mit professionellen Verhörenden[48] widerspricht den für das Strafverfahren und insbes. für die Vernehmung geltenden Vorgaben des Fair-Trial-Gedankens, wie sie oben herausgearbeitet wurden. Insbesondere ist die Beschränkung des Verhörgegenstands auf entlastende Aussagen aufgrund der für den Vernommenen unabsehbaren Fernwirkung und der wohl praktischen Unmöglichkeit der Beschränkung des Verhörs auf diese Gegenstände kein taugliches Einschränkungskriterium, wie gerade der zu entscheidende Fall zeigt.[49] Ebenfalls ist das Argument der Rspr., der Beschuldigte habe doch die Möglichkeit zur Aussageverweigerung gehabt, untauglich, wie sich aus der oben (II.1) dargestellten Interpretation des § 136 I S. 2 StPO ergibt.[50] Indem der erste Senat das Verhör nur durch § 136a StPO begrenzt

44 *BGHSt* 42, 15 (20).

45 Weitere Vorschläge bei *Beulke* (Fn. 20), S. 260, 262. Vorsichtig: *BGHSt* 42, 15 (19 f.).

46 Siehe dazu, wann ein eindeutiges oder in der Terminologie des BGH „ausdrückliches" Einverständnis vorliegt, *Beulke* (Fn. 20), S. 262.

47 *Herrmann* (Fn. 40), S. 210; *Roxin* (Fn. 39), S. 344. *Herrmann* weist zu Recht hin auf die beinah identische Begründung in *Miranda v. Arizona*, 86 S. Ct. 1602, 1621 (1966). Dort heißt es „An individual swept from familiar surroundigs into police custody, surrounded by antagonistic forces, and subjected to the techniques of persuasion ... cannot be otherwise than under compulsion to speak."

48 Vgl. die detaillierte Darstellung des Verhörs anhand der Originalprotokolle bei *Herrmann* (Fn. 40), S. 210 f. Siehe hierzu auch einen Überblick über die entsprechende Polizeiliteratur zu Vernehmungen bei *Müller*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 12. 1. 1996 – 5 StR 756/94, StV 1996, S. 358, 359.

49 So auch *Herrmann* (Fn. 40), S. 210. Mit etwas anderen Akzenten ein jüngeres obiter dictum des ersten Senats: *BGH*, StV 2004, 358.

50 Anders aber *BGHSt* 42, 170 (174).

sieht, widerspricht er den in §§ 136, 137 StPO kodifizierten Anforderungen des Gesetzgebers an die Vernehmung.[51]

Die Rspr. hat es seither leider verpasst, sich ausdrücklich vom überholten Vernehmungsverständnis von *BGHSt* 42, 170 zu verabschieden.[52] So bewertete der BGH in der Zwischenzeit zwar die Unterdrückung der Mitteilung, dass sich ein Verteidiger für den inhaftierten Beschuldigten gemeldet hatte, als Verstoß gegen § 136 I S. 2 StPO.[53] Doch wurde das Erfordernis einer weiteren Belehrung für entbehrlich gehalten[54] genauso wie der Hinweis auf einen Verteidigernotdienst, wenn der Beschuldigte keinen ausdrücklichen Wunsch auf Zuziehung eines Verteidigers äußert.[55]

d) Rechtsfolge von Verstößen gegen § 136 I S. 2 StPO

Nur die Sanktionierung von Pflichtverletzungen durch Verwertungsverbote bzgl. der infolge von Verstößen gewonnenen Informationen führt zur erstrebten Implementierung der Pflichten auf der Anwendungsebene.

Grundsätzlich ist ein auf §§ 136, 137 StPO, Art. 6 III lit. c) EMRK und den Fair-Trial-Grundsatz gestütztes Beweisverwertungsverbot bei fehlerhafter oder fehlender Belehrung anerkannt.[56] Problematisch ist, wie zu bewerten ist, wenn zwar eine ordnungsgemäße Belehrung gem. § 136 I S. 2 StPO vorgenommen wird, doch dem Beschuldigten die oben geforderten erweiterten Hilfspflichten verweigert werden oder trotz Wunsch nach einem Verteidiger dieser nicht herbeigezogen wird oder werden kann und die Vernehmung dennoch fortgesetzt wird. Bei konsequenter Betrachtung müssen auch diese Verstöße zu einem Verwertungsverbot führen, da sich nach *BGHSt* 42, 15 (20 f.) keine Wertigkeit der Verstöße gegen § 136 I S. 2 StPO herstellen lässt. Das Verwertungsverbot korrespondiert daher sowohl vollständig mit dem erweiterten Pflichtenkreis, greift aber auch – entgegen *BGHSt* 42, 170 – bei bloßer Vernehmungsfortsetzung.[57]

Zumindest problematisch ist daher auch das Endergebnis, zu dem *BGHSt* 42, 15 kommt. Zwar wird, wie dargestellt, die Existenz eines Verwertungsverbots bejaht, doch soll dies im Rahmen der sog. Widerspruchslösung auf nachgelagerter Ebene entfallen.[58]

---

51 *Roxin* (Fn. 39), S. 345.

52 Zur vielfach widersprüchlichen Rspr. des BGH – einerseits Stärkung der Beschuldigtenrechte, andererseits der Aufklärungsmöglichkeiten – vgl. *Fezer*, Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Strafverfahrensrecht – Teil 2, JZ 1996, S. 655, 667 f.

53 *BGH*, StV 1997, 502; siehe schon *Lüderssen*, in: Löwe/Rosenberg (Fn. 20), § 137 Rn. 66.

54 *BGH*, NStZ 1998, 265 (266).

55 *BGH*, JZ 2002, 897 m. krit. Anm. *Roxin*, Anmerkung zu BGH, Beschluss v. 5. 2. 2002 – 5 StR 588/01, JZ 2002, S. 898.

56 *BGHSt* 38, 372 (373 ff.); *BGHSt* 41, 15 (21); i. E. ebenso *BGHSt* 47, 172 (173). Ausnahmen bei: *BGH*, StV 2002, 117; *Boujong*, in: KK-StPO (Fn. 21), § 136 Rn. 28.

57 Zur Untauglichkeit des „Freiwilligkeitskriteriums" des BGH siehe *Roxin* (Fn. 39), S. 345. Genauer zu Fragen des Beweisverwertungsrechts *Herrmann* (Fn. 40), S. 212.

58 *BGHSt* 42, 15 (22); so auch schon *BGHSt* 38, 214 (225 f.). Weiterführend hierzu: *Beulke* (Fn. 29), Rn. 150, 468; *Hamm* (Fn. 24), S. 2186 ff.; *Boujong*, in: KK-StPO (Fn. 21), § 136 Rn. 28; *Roxin* (Fn. 39), S. 346; *Rogall*, in: SK-StPO (Fn. 21), vor § 133 Rn. 178, je m. w. N.

3. Verteidigerkonsultationsrecht in Zwischen-, Hauptverfahren und Hauptverhandlung

Entsprechend der umfassenden Garantie des § 137 StPO besteht das Verteidigerkonsultationsrecht natürlich auch im Zwischen- und Hauptverfahren (vgl. §§ 218, 228 II StPO).[59] Die oben skizzierte Gefahrenlage des unverteidigten Beschuldigten realisiert sich in dieser Verfahrenssituation jedoch regelmäßig nicht.

4. Anwesenheitsrechte des Verteidigers

Mit dem Verteidigerkonsultationsrecht korrespondiert das Recht des Verteidigers auf Anwesenheit bei Vernehmungen und sonstigen Handlungen von Justizorganen, die den Mandanten betreffen (unvollkommen geregelt in §§ 168c I, 163a III S. 2 StPO). Hier kann nur auf die Problematik des Anwesenheitsrechts bei polizeilichen Vernehmungen verwiesen werden.[60]

III. Verteidigerzugang und Pflichtverteidigung

Das gerade skizzierte Recht aus § 137 StPO und die damit korrespondierenden Pflichten aus § 136 StPO erweisen sich trotz aller Bemühungen genau dann als bloß ‹formelhaft›, wenn der mittellose Beschuldigte keine materiellen Möglichkeiten hat, sein Recht zu realisieren[61], oder der Beschuldigte zur Eigenverteidigung unfähig ist.[62] Dieser Gefahr muss – wie schon angedeutet – in leistungsrechtlicher Hinsicht begegnet werden.

Die Pflichtverteidigung dient wie § 137 StPO dazu, den Anspruch auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren und damit verbunden auf effektive, sachgerechte Verteidigung durchzusetzen[63], und verhilft dem Beschuldigten zur Stellung als Prozesssubjekt.[64] Dabei ist hinzunehmen, dass das GG und die EMRK nur beschränkte Schutzmechanismen gewähren (vgl. § 142 StPO), da die Gleichheitsgrundsätze keine for-

---

59 Für weiteres siehe *Lüderssen*, in: Löwe/Rosenberg (Fn. 20), § 137 Rn. 23 ff.

60 Nach h. M. kein Anwesenheitsrecht: z. B. *Wache*, in: KK-StPO (Fn. 21), § 163a Rn. 28; *Meyer-Goßner* (Fn. 33), § 163a Rn. 16, je m. w. N. A. A. *Gössel*, Die Stellung des Verteidigers im rechtsstaatlichen Strafverfahren, ZStW 94 (1982), S. 5, 35; *Lüderssen*, in: Löwe/Rosenberg (Fn. 20), § 137 Rn. 73; *Nelles*, Der Einfluss der Verteidigung auf Beweiserhebungen im Ermittlungsverfahren, StV 1986, S. 74, 75; *Rieß*, in: Löwe/Rosenberg (Fn. 20), § 163a Rn. 95a; *Wohlers*, in: SK-StPO (Fn. 21), § 163a Rn. 72. Zur Situation *de lege ferenda* vgl. *Bundesregierung*, Eckpunktepapier, StV 2001, S. 314 m. Anm. *Salditt*, Eckpunkte – Streitfragen des partizipatorischen Strafprozesses, StV 2001, S. 311. Siehe auch *Vogel* (Fn. 28), S. 834.

61 *Klemke* (Fn. 25), S. 413 f.

62 *BVerfGE* 70, 297 (323); *Spaniol* (Fn. 9), S. 21.

63 *EGMR*, StV 1985, 441; *BVerfGE* 66, 313 (318); 68, 237 (255); *Klemke* (Fn. 25), S. 413; *Köster*, Anmerkung zu OLG Oldenburg, Beschl. v. 12. 11. 1992 – 1 VAs 4/92, StV 1993, S. 512; *Weider* (Fn. 26), S. 317; a. A. bzgl. öffentlich-rechtlicher Dimension der §§ 140 ff. StPO: *Lüderssen*, Die Pflichtverteidigung, NJW 1986, S. 2742, 2743 f.; dazu kritisch *Barton* (Fn. 13), S. 93 ff.

64 *Laufhütte*, in: KK-StPO (Fn. 21), § 140 Rn. 1 m. w. N.

melle Gleichstellung von Bemittelten und Unbemittelten, sondern nur eine Angleichung fordern.[65]

Vorliegend ist nur entscheidend, in welchem Verfahrensabschnitt und auf welche Weise der Beschuldigte Kontaktmöglichkeit zum Pflichtverteidiger hat und durchsetzen kann, insbesondere im Ermittlungsverfahren[66] (1.). Zusätzlich sind die Wechselwirkungen zwischen § 141 III S. 1 StPO und § 136 I S. 2 StPO zu untersuchen (2.).

1. Das Recht auf einen Pflichtverteidiger im Ermittlungsverfahren

Die Bestellung ist nach Einreichung der Anklageschrift (§ 141 I, II StPO), aber auch in jedem anderen (auch früheren) Verfahrensstadium möglich (vgl. § 141 III StPO).[67] Fraglich ist, ob § 141 III StPO insoweit die Antragsberechtigung im Ermittlungsverfahren abschließend regelt und der Staatsanwaltschaft in diesem Stadium das alleinige Initiativrecht zukommt, und inwiefern die Entscheidung der Staatsanwaltschaft gebunden und überprüfbar ist.

a) Alleiniges Antragsrecht der Staatsanwaltschaft?

Nach wohl noch h. M. kann das Gericht nur auf Antrag der Staatsanwaltschaft einen Pflichtverteidiger beiordnen (vgl. aber §§ 117 IV, 118a II S. 3, 173c S. 4, 408b S. 2 StPO).[68] Der Antrag des Beschuldigten sei nur eine Anregung an die Staatsanwaltschaft.

Diese meist ohne Begründung vorgetragene[69] Auffassung wird jedoch verbreitet bestritten.[70] Trotz Praktikabilitätserwägungen[71] stellt es einen klaren Verstoß gegen das Fair-Trial-Prinzip dar, dass die Staatsanwaltschaft die Möglichkeit hat, vollendete, vom Verteidiger in der Hauptverhandlung nicht mehr zu korrigierende Tatsachen zu schaffen.[72] Die Sicherung der Stellung des Beschuldigten als Verfahrenssubjekt gebietet daher in diesem Fall ein individuelles Antragsrecht.[73] Der Wortlaut des § 141 III

---

65 *Spaniol* (Fn. 9), S. 20 ff., 70 ff. m. w. N.; Kritik an der Regelung der Pflichtverteidigung bei *Weider* (Fn. 26), S. 317 f.

66 Zur konkreten Bedeutung dieses Verfahrensabschnitts für die Pflichtverteidigung vgl. *Köster* (Fn. 64), S. 512.

67 Vgl. nur *Lüderssen*, in: Löwe/Rosenberg (Fn. 20), § 141 Rn. 11.

68 *BGHSt* 29, 1 (5); *OLG Oldenburg*, StV 1993, 511; *OLG Karlsruhe*, NStZ 1998, 315 (316); *LG Cottbus*, StV 2002, 414; *Franke*, Unterbliebene Pflichtverteidigerbeiordnung im Ermittlungsverfahren, GA 2002, S. 573; *Laufhütte*, in: KK-StPO (Fn. 21), § 141 Rn. 6; *Meyer-Goßner* (Fn. 33), § 141 Rn. 5.

69 Von den jüngsten BGH-Entscheidungen wird diese Frage nicht einmal diskutiert, vgl. *Klemke* (Fn. 25), S. 413.

70 *LG Heilbronn*, Justiz 1979, 444; *OLG Düsseldorf*, StV 1992, 100; *LG Bremen*, StV 1999, 532; *Klemke* (Fn. 25), S. 413; *Pfeiffer*, Kommentar zu Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 5. Aufl. (2005), § 141 Rn. 2; *Weider* (Fn. 26), S. 317 ff.

71 *Beckemper* (Fn. 25), S. 226.

72 *Klemke* (Fn. 25), S. 414.

73 *Ebd.*, S. 413 f. Auch dies schützt letztlich den *nemo-tenetur*-Grundsatz, da nur der Verteidiger umfassendes Akteneinsichtsrecht gem. § 147 StPO hat, dies aber oft Grundlage für eine begründete Entscheidung über das Gebrauchmachen vom Schweigerecht ist (§ 147 VII StPO reicht aufgrund weitreichender Restriktionen i. d. R. nicht).

StPO steht dem Antragsrecht des Beschuldigten nicht entgegen: die Norm verpflichtet zwar die Staatsanwaltschaft zur Antragsstellung, räumt ihr aber kein Antragsmonopol ein.[74] Eine diesbezügliche Klarstellung *de lege ferenda* ist zu erhoffen.[75]

b) Der Beurteilungsspielraum der Staatsanwaltschaft

Ungeachtet eines individuellen Antragsrechts muss die Ausgestaltung des Beurteilungsspielraums der Staatsanwaltschaft gem. § 141 III S. 2 StPO geprüft werden („nach ihrer Auffassung"). Dieser wird durch neuere Rspr. kasuistisch objektiviert und eingeschränkt.[76]

Nach *BGHSt* 46, 93[77] verstößt es gegen den Fair-Trial-Grundsatz, insbes. Art. 6 III lit. d) EMRK, wenn der Beschuldigte im Ermittlungsverfahren gem. § 168c III StPO von einer Zeugenvernehmung ausgeschlossen wird. Zwar kann der Ausschluss grds. gerechtfertigt sein, doch ergibt sich aus konventionskonformer Auslegung des § 141 III StPO, dass eine Kompensation dieses Rechtsverlustes nötig ist, die durch die sofortige Pflichtverteidigerbestellung herzustellen ist. Entscheidend ist, dass der BGH hier in Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung den Beurteilungsspielraum objektiviert und an § 140 StPO bindet. Hieran schließt *BGHSt* 47, 172 an. Die Entscheidung bestätigt grundsätzlich den Beurteilungsspielraum der Staatsanwaltschaft, reduziert ihn aber auf Null, wenn dringender Tatverdacht hinsichtlich einer § 140 StPO unterfallenden Tat vorliegt und der Beschuldigte aufgrund der Lage des Verfahrens tatsächlich eines Beistands bedarf. Der Beschluss des fünften Senats *BGHSt* 47, 233 ist insoweit restriktiver, als er betont, dass weder EMRK noch GG bei Vorliegen eines dringenden Tatverdachts i. S. v. § 140 I Nr. 2 StPO immer eine entsprechende Reduzierung des Beurteilungsspielraums fordern, und auch die Aussetzung von Ermittlungen ablehnt.

In einer Verallgemeinerung der hierzu am ehesten tauglichen[78] Entscheidung *BGHSt* 47, 172 ist davon auszugehen, dass bei aufgrund dringenden Verdachts prognostizierter notwendiger Verteidigung nie davon abgesehen werden darf, dem Beschuldigten einen Verteidiger zu bestellen.[79] Weiter ist der Beurteilungsspielraum aber auch schon dann reduziert, wenn erst überprüft wird, ob eine § 140 StPO unterfallende Tat vorliegt. Dies ist der Fall bei der Vornahme von Ermittlungsmaßnahmen, wenn diese wie in *BGHSt* 46, 93 entscheidungsrelevante Bestandteile aus der Hauptverhandlung ins Ermittlungsverfahren verlagern (z. B. die Beweisaufnahme).[80] Eine weitere Reduktion ist dann anzunehmen, wenn aufgrund rechtlicher Wertung unklar ist,

---

74 *Ebd.*

75 Vgl. *Bundesregierung* (Fn. 61), S. 314 f.

76 *Laufhütte*, in: KK-StPO (Fn. 21), § 141 Rn. 7.

77 Mit Anmerkungen von *Fezer*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 25. 7. 2000 – 1 StR 169/00, JZ 2001, S. 363; *Gleß*, Zur Beweiswürdigungslösung des BGH, NJW 2001, S. 3606; *Kunert*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 25. 7. 2000 – 1 StR 169/00, NStZ 2001, S. 217.

78 So auch *Franke* (Fn. 69), S. 578.

79 Im Ergebnis ebenso *Fezer* (Fn. 78), S. 363; *Köster* (Fn. 64), S. 512; *Kunert* (Fn. 78), S. 217.

80 *Schlothauer*, Die Flucht aus der Justizförmigkeit durch die europäische Hintertür, StV 2001, S. 127, 128.

ob eine Tat nach § 140 StPO vorliegt, da diese Auslegung nicht der Staatsanwaltschaft, sondern allein dem Gericht obliegt.[81]

c) Nachprüfbarkeit der ablehnenden staatsanwaltlichen Entscheidung?

Die gerade entwickelte Argumentation gibt auch die Antwort auf die Frage, inwieweit die staatsanwaltliche Entscheidung gerichtlich überprüfbar ist. Die subjektivrechtliche Dimension der Bestellung gebietet entgegen der h. M.[82] grds. einen Anspruch auf umfassende gerichtliche Kontrolle, Art. 19 IV GG. Ungeachtet der Diskussion um die Qualifizierung der staatsanwaltlichen Handlung als strafprozessuale Handlung oder als Justizverwaltungsakt i. S. d. §§ 23 ff. EGGVG[83] entfällt jedoch mit dem oben bejahten individuellen Antragsrecht des Beschuldigten ein Rechtsschutzbedürfnis für ein Vorgehen nach §§ 23 ff. EGGVG.[84] Dies wird auch für den nach a. A. eröffneten Rechtsweg aus § 98 II S. 2 StPO analog gelten.[85]

d) Entscheidung des Gerichts

Das Gericht entscheidet über den Antrag gem. § 141 III S. 1 StPO nach selbständiger Prüfung der Voraussetzungen, die von denselben Kriterien geleitet sein muss wie die Entscheidung der Staatsanwaltschaft (allerdings mit ausgedehnter Kompetenz bzgl. Rechtsfragen).

e) Rechtsfolge von Verstößen

In praktischer Hinsicht entscheidend ist die Bewertung der unter Verstoß gegen § 141 III S. 1 StPO erlangten Information, also bei rechtswidrig unterbliebener Bestellung des Pflichtverteidigers, wobei dies nach *BGHSt* 47, 172 nur im Rahmen der sog. Beweiswürdigungslösung[86] berücksichtigt wird. Die Möglichkeit eines Verwertungsverbots wird schließlich von *BGHSt* 47, 233 ganz verneint. Eine Detailanalyse dieser beweisrechtlichen Frage kann hier nicht vorgelegt werden. Jedoch sei der Hinweis des BGH auf die parallele Interessenkonstellation in Fällen des § 136 I S. 2 StPO aufgegriffen und auf die obigen Ausführungen verwiesen.[87]

---

81 Ähnlich in diesem Sinne *Lüderssen*, in: Löwe/Rosenberg (Fn. 20), § 141 Rn. 23. Vgl. in diesem Sinne *Bundesregierung* (Fn. 61), S. 314.

82 Anders nur bei objektiver Willkür: *BGH*, JZ 2002, 898 m. w. N.; *OLG Oldenburg*, StV 1993, 511; *OLG Karlsruhe*, StV 1998, 123; NStZ 1998, 315; *Laufhütte*, in: KK-StPO (Fn. 21), § 141 Rn. 6.

83 Dazu kritisch *Beckemper* (Fn. 25), S. 221 ff. m. w. N.; für eine analoge Anwendung der §§ 23 ff. EGGVG z. B. *Weider* (Fn. 26), S. 319 f.

84 *Köster* (Fn. 64), S. 512.

85 *Ebd.*, S. 513.

86 Hierzu *Beulke* (Fn. 29), Rn. 171 m. w. N.

87 Im Ergebnis mit Kritik an der Beweiswürdigungslösung *Klemke* (Fn. 25), S. 415; *Roxin* (Fn. 56), S. 899; differenziert *Schlothauer* (Fn. 81), S. 129 ff.

2. Auswirkungen des Rechts auf einen Pflichtverteidiger auf die Belehrungspflichten?

BGHSt 47, 172 hat neben der geschilderten Einengung des Beurteilungsspielraums in einem obiter dictum erwähnt, dass die Staatsanwaltschaft in einem Fall, in dem sie sich zur Beantragung der Bestellung eines Pflichtverteidigers veranlasst sieht, auch zur Belehrung des Beschuldigten über die Bestellung verpflichtet sein könnte.

Diese Belehrung soll in Anlehnung an § 136 I S. 2 StPO derart ausgestaltet sein, dass bis zum tatsächlichen Tätigwerden des bestellten Verteidigers die Ermittlungen, die die Mitwirkung des Beschuldigten erfordern, auszusetzen sind.[88] Nimmt man ein individuelles Antragsrecht des Beschuldigten an, kann dies nicht genügen. Neben der Missbrauchsgefahr spricht schon die Natur eines eigenen Antragsrechts dafür, dass der Beschuldigte autonom, also unabhängig von der Bewertung durch die Staatsanwaltschaft, entscheiden muss, ob er von seinem Recht Gebrauch machen will. In Frage kommt daher, die Belehrung zu Beginn der ersten Vernehmung nach dem Vorbild der *Miranda*-Entscheidung des U. S. Supreme Court mit dem allgemeinen Hinweis auf das Institut der Pflichtverteidigung zu verbinden.[89] Um Bagatellfälle, die ohnehin nicht unter § 140 StPO fallen, auszuscheiden, könnte dies in näher zu bestimmender Weise an die Eröffnung der dem Beschuldigten gem. § 136 I S. 1 StPO zu nennenden möglichen Strafvorschriften geknüpft sein.

IV. Ungehinderter und unüberwachter Zugang des Anwalts zum Beschuldigten

Während die §§ 136, 137, 140, 141 StPO die Fragen des „ob" und „wann" des Zugangs des Verteidigers zum Mandanten regeln und damit dessen Begründung thematisieren, ist die Ausgestaltung, das „wie" des Zugangs, in § 148 StPO normiert.[90] Ziel von § 148 StPO ist ebenfalls der Schutz der Funktionalität der Verteidigung.[91] Die Gestaltung einer erfolgreichen Verteidigungsstrategie ist nur möglich, wenn der Verteidiger durch sein wichtigstes Informationsinstrument, den Mandanten, über dessen Persönlichkeit und den Tathergang informiert ist.[92] Daher muss sich der Mandant ohne drohende staatliche Überwachung rückhaltlos offenbaren können.[93] Diese „Geheim-" oder „Vertrauenssphäre" hat ihre materiell-rechtliche Grundlage in § 203

88 Restriktiver *BGHSt* 47, 172 (178 f.). Vgl. *Roxin* (Fn. 56), S. 900.

89 Im Ergebnis auch *Klemke* (Fn. 25), S. 415.

90 Vgl. *Rieß*, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 5. 11. 1985 – 2 StR 279/85, JR 1987, S. 77.

91 *Welp*, Die Überwachung des Strafverteidigers, GA 1977, S. 129, 132.

92 *Stade* (Fn. 19), S. 285 f.; *Welp*, Die Geheimsphäre des Verteidigers in ihren strafprozessualen Funktionen, in: Gallas – FS, 1973, S. 391, 392 m. w. N.

93 Vgl. *EKMR*, EuGRZ 1986, 276 (278) zu Art. 6 III lit. c) EMRK. *BGHSt* 27, 260 (262) spricht von der durch § 148 geschützten „völlig freien Verteidigung". Ebenso *Dahs*, Ausschließung und Überwachung des Strafverteidigers – Bilanz und Vorschau, NJW 1975, S. 1385, 1392.

StGB und ist prozessual u. a. in §§ 53, 76, 81c, 97 StPO verankert.[94] § 148 StPO garantiert daher eine vor Kenntnisnahme von außen absolut geschützte Kommunikation zwischen dem inhaftierten oder sich in Freiheit befindenden Beschuldigten und seinem Anwalt,[95] wobei der besonderen Gefährdung gerade des Inhaftierten Rechnung zu tragen ist.[96]

Der von § 148 StPO gewährte Schutz geht sehr weit. Die historische Erfahrung (Terroristenprozesse) hat ein Missbrauchspotential gezeigt. Dennoch können Eingriffe in § 148 StPO nicht mit einer Missbrauchsgefahr begründet werden. Ungeachtet der Problematik, ob die StPO eine allgemeine Missbrauchsklausel kennt[97], ist jedenfalls für § 148 StPO festzustellen, dass in § 148 II StPO eine spezielle Eingriffsmöglichkeit geschaffen wurde. Über § 148 II StPO hinausgehende (auch analoge) Eingriffe, die nicht gesetzlich vorgesehen sind, sind daher nicht gerechtfertigt, sofern sie nicht ganz selbstverständliche und äußerliche Beschränkungen wie die Beachtung von Besuchszeiten betreffen.[98] Die mit einer weiten Regelung verbundenen Nachteile waren dem Gesetzgeber bekannt, der sie in Kauf genommen hat.[99]

1. Vorliegen eines Verteidigungsverhältnisses

Für das Einsetzen der Schutzwirkung von § 148 StPO ist entscheidend, wann das Verteidigungsverhältnis beginnt. Nach verbreiteter Ansicht schützt § 148 schon ein Anbahnungsverhältnis, das spätestens mit der Bitte des Beschuldigten an den Rechtsanwalt, die Verteidigung zu übernehmen, beginnt.[100] Hierfür spricht der Wortlaut zahlreicher StPO-Normen, die schon vor Abschluss eines Mandatsvertrags vom „Verteidiger" sprechen (vgl. §§ 136 I S. 2, 138, 142 StPO).[101] Auch ist der verfassungsrechtlich gewährleistete Anspruch des Beschuldigten auf Beistand durch einen Rechtsanwalt seines Vertrauens[102] unvollständig, wenn er auf ein bereits begründetes

94 Vgl. *Mörlein*, Der Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Verteidiger und Beschuldigtem im Rahmen des § 100a StPO, 1993, S. 6 ff.; *Welp*, Abhörverbote zum Schutz der Strafverteidigung, NStZ 1986, S. 294.

95 Siehe nur *Rieß* (Fn. 91), S. 77 m. w. N.

96 *Hassemer*, Anmerkung zu KG, Beschl. v. 3. 12. 1984 – ER 92/84, StV 1985, S. 405, 406.

97 Bejahend *BGHSt* 38, 111 (112 f.); ablehnend z. B. *Jahn/Schmitz*, Rechtsmissbrauch im Strafverfahren bei Verweigerung notwendiger Mitwirkungshandlungen?, wistra 2001, S. 328, 329 f. m. w. N.

98 *Beulke*, Der Verteidiger im Strafverfahren, 1980, S. 238.

99 *OLG Koblenz*, NStZ 1986, 332 m. w. N.; *OLG Karlsruhe*, NStZ 1987, 188 (189); *Roxin*, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 13. 8. 1973 – 1 BJs 6/71, JR 1974, S. 117, 118.

100 *OLG Düsseldorf*, StV 1984, 106; *Hanack*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 20. 2. 1985 – 2 StR 561/84, JR 1986, S. 33, 35 f.; *Hassemer* (Fn. 97), S. 405; *Laufhütte*, in: KK-StPO (Fn. 21), § 148 Rn. 2; *Lüderssen*, in: Löwe/Rosenberg (Fn. 20), § 148 Rn. 7 f. I. E. ebenso *Danckert*, Das Recht des Beschuldigten auf ein unüberwachtes Anbahnungsgespräch, StV 1986, S. 171. A. A. *OLG Hamm*, NJW 1971, 1852; *KG*, JR 1979, 40; StV 1985, 405; 1991, 307; 1991, 524; *OLG Stuttgart*, StV 1993, 255.

101 Vgl. auch *Danckert* (Fn. 101), S. 172.

102 St. Rspr. des BVerfG, vgl. nur *BVerfGE* 68, 237 (255).

Mandatsverhältnis beschränkt ist. Zur Vertrauensbildung ist es vielmehr nötig, mit dem Rechtsanwalt die konkrete Beschuldigung zu erörtern und seine Reaktion darauf zu erleben.[103] Ob insofern eine einschränkende Interpretation der §§ 137 I S. 2, 146 StPO zu fordern ist, muss hier offen bleiben.[104]

Vom Anbahnungsgespräch zu unterscheiden ist das sog. „Anbiederungsgespräch", in dem der Rechtsanwalt eigeninitiativ versucht, Kontakt zum Beschuldigten aufzunehmen.[105] Die h. M. nimmt an, dass eine Überwachung in diesen Fällen § 148 StPO nicht berührt. Vorzugswürdig erscheint dagegen eine differenzierte Beurteilung, die die Möglichkeit zum Übergang in ein (geschütztes) Anbahnungsgespräch anerkennt.[106]

Zeitlich umfasst das von § 148 StPO geschützte Vertrauensverhältnis das gesamte Verfahren einschließlich des Wiederaufnahmeverfahrens und der Vollstreckungs- und Strafvollzugssachen.[107]

2. Schutzumfang des § 148 StPO

§ 148 StPO schützt grundsätzlich den mündlichen und schriftlichen Verkehr zwischen Mandant und Anwalt sowie die Übergabe von Gegenständen. Schutzobjekt ist die mit der Verteidigung im unmittelbaren Zusammenhang stehende Kommunikation; Grenze des Schutzes sind gesetzliche Eingriffsnormen.[108]

a) Schutz der mündlichen Kommunikation

§ 148 StPO erlaubt die mündliche Kommunikation zwischen dem Verteidiger und seinem Mandanten grds. unbeschränkt hinsichtlich Dauer und Häufigkeit, wobei entsprechende Anpassungen an die Anstaltsordnung zu dulden sind (Besuchszeiten etc.),[109] und verbietet eine Überwachung (für die Strafhaft ebenso § 27 III StVollzG). Leistungsrechtlich umfasst § 148 StPO den Anspruch auf einen entsprechenden Gesprächsraum sowie ggf. auf einen Dolmetscher.[110]

Problematisch ist das Verhältnis zwischen § 148 I StPO und der Eingriffsnorm des § 100a StPO.[111] Drei Konstellationen sind zu unterscheiden.

---

103 *Hassemer* (Fn. 97), S. 406; *Lüderssen*, in: Löwe/Rosenberg (Fn. 20), § 148 Rn. 7.

104 Hierzu *Hassemer* (Fn. 97), S. 407.

105 Vgl. *OLG Düsseldorf*, StV 1984, 106; *KG*, JR 1979, 40; *Danckert* (Fn. 101), S. 171; *Hassemer* (Fn. 97), S. 406 f.; *Lüderssen*, in: Löwe/Rosenberg (Fn. 20), § 148 Rn. 8; *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl. (1998), § 19 E V 1.

106 *Fezer* (Fn. 101), S. 256.

107 *BGH*, NJW 2001, 3793; *OLG Hamm*, NJW 1980, 1404.

108 *BGH*, NJW 1973, 2036; näher hierzu *Lüderssen*, in: Löwe/Rosenberg (Fn. 20), § 148 Rn. 17.

109 Für den Vorrang des Rechts auf freie Verteidigung vor Anstaltsregeln im Zweifel *LG Karlsruhe*, StV 1985, 381.

110 *OLG Hamm*, MDR 1985, 434; *LG Köln*, NStZ 1983, 237. Zur Trennscheibenproblematik vgl. *OLG Nürnberg*, StV 2001, 39; *Roxin* (Fn. 106), § 19 Rn. 71. Ein Sonderfall ist *BGHSt* 49, 61; vgl. *Arloth*, Trennscheibe bei Besuchen in Justizvollzugsanstalten, Jura 2005, S. 108, 109.

111 Grundlegend *Mörlein* (Fn. 95), S. 113 ff., der über die hiesige Darstellung hinausgehend v. a. auch Mittlerkonstellationen des Verteidigers sowie die Einbeziehung Dritter diskutiert.

aa) Überwachung des nicht tatverdächtigen Strafverteidigers

Zunächst könnte der Telefonanschluss des Strafverteidigers als Anschluss eines „Dritten" gem. § 100a S. 1, S. 2 Alt. 2 StPO abgehört werden. Dies ist vom Wortlaut des § 100a StPO gedeckt, da erwartet werden kann, dass gerade bei Gesprächen mit dem Verteidiger beweiserhebliche Ergebnisse zu erwarten sind und § 100a StPO kein Verteidigerprivileg kennt.

Telefongespräche zwischen Anwalt und Mandant sind jedoch mündliche Kommunikation i. S. d. § 148 StPO.[112] Insofern verlangt daher nach mittlerweile gesicherter h. M. die Schutzfunktion des § 148 StPO eine einschränkende Auslegung des § 100a StPO, wonach Verteidigungsgespräche nicht abgehört werden dürfen.[113] Eine Überwachung widerspräche der überragenden Bedeutung des besonders schützenswerten freien mündlichen Kontakts, der nicht einmal in § 148 II StPO eine Einschränkung erfährt und durch eine Überwachung völlig ausgehebelt würde.

Dies gilt auch, wenn der Verteidiger im Verdacht steht, eine Strafvereitelung (keine Katalogtat) hinsichtlich der Katalogtat seines Mandanten begangen zu haben.[114] Eine Einschränkung des § 100a StPO aufgrund entsprechender Anwendung des § 97 II S. 3 StPO scheidet aus, da weder die Interessenlage vergleichbar ist[115] noch § 97 II S. 3 StPO als Ausnahmeregelung einen allgemeinen Rechtsgedanken beinhaltet.[116]

bb) Überwachung des der Tatbeteiligung oder Mittäterschaft verdächtigen Verteidigers

Eine andere Bewertung kann sich ergeben, wenn der Verteidiger selbst im Verdacht der Tatbeteiligung oder Mittäterschaft an der Katalogtat steht, für ihn also selbst die Voraussetzungen des § 100a StPO vorliegen. *BGHSt* 33, 347 hält in diesem Fall die Abhörung des Verteidigers für zulässig.[117] Während also § 100a S. 1, S. 2 Alt. 2 StPO hinter § 148 StPO zurücktritt, soll dies nicht für § 100a S. 1, S. 2 Alt. 1 StPO gelten. Unstreitig ist das Abhören des Verteidigers zulässig, soweit davon keine Gespräche, die der Wahrnehmung des Verkehrsrechts mit dem Mandanten dienen, betroffen sind. Der BGH weitet die Zulässigkeit jedoch auch auf Verteidigergespräche aus.

---

112 *BGHSt* 33, 347 (350); *Beulke* (Fn. 99), S. 211; *Beulke* (Fn. 1), S. 644 m. w. N.; *Laufhütte*, in: KK-StPO (Fn. 21), § 148 Rn. 7; *Meyer-Goßner* (Fn. 33), § 148 Rn. 16; *Welp* (Fn. 95), S. 295. Aus unverständlichen Gründen offengelassen von *BGH*, StV 1999, 39 m. abl. Anm. *Lüderssen*, StV 1999, S. 490, 491. Ebenso *Rudolphi*, Grenzen der Überwachung des Fernmeldeverkehrs, in: Schaffstein – FS, 1975, S. 433, 443, wegen § 53 StPO.

113 *BGH*, NStZ 1988, 562; *Nack*, in: KK-StPO (Fn. 21), § 100a Rn. 28; *Welp* (Fn. 93), S. 421. Zur genaueren Bestimmung, wann ein Verteidigungsgespräch vorliegt, vgl. *BGH*, StV 1990, 435. *Taschke*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 11. 5. 1988 – 3 StR 563/87, StV 1990, S. 436, übertreibt in seiner Anmerkung die relativ geringe Abweichung des BGH von der aus *BGHSt* 33, 347 vorgegebenen Linie.

114 *Mörlein* (Fn. 95), S. 124. Ähnliches gilt auch beim Verdacht auf Begünstigung oder Hehlerei, vgl. *Welp* (Fn. 95), S. 296.

115 Vgl. nur *BGHSt* 33, 347 (351 f.).

116 *Welp* (Fn. 95), S. 296; i. E. auch *Nack*, in: KK-StPO (Fn. 21), § 100a Rn. 29.

117 Ebenso *Nack*, in: KK-StPO (Fn. 21), § 100a Rn. 29.

Hierfür kann vorgebracht werden, dass in Fällen einer Tatbeteiligung der Anwalt als Komplize des Beschuldigten agiert und damit auf den freien Informationsfluss nicht angewiesen ist, und dass die Gegenansicht zu einem Sonderrecht für Anwälte führe.

Doch diese Argumente verfehlen im Kontext von § 148 StPO ihr Ziel.[118] Denn es darf für den Mandanten nicht von Nachteil sein, dass sein Verteidiger im Verdacht einer Katalogtat steht: Er bedarf weiterhin eines geschützten Kommunikationsraums.[119] Eine sachgerechtere Lösung bietet der Verteidigerausschluss gem. §§ 138a ff. StPO.[120] Ist dieser nicht erfolgt, bleiben Verteidigerrechte ungeschmälert erhalten.[121]

cc) Überwachung des selbst einer Katalogtat verdächtigen Verteidigers

Schließlich ist möglich, dass nur der Verteidiger einer Katalogtat verdächtig ist. Hier soll eine Überwachung seines Telefonanschlusses nach § 100a StPO grds. möglich sein.[122] Das wird erneut damit begründet, dass § 100a StPO kein Sonderrecht für Anwälte enthält. Dieses Argument allein reicht nicht aus, wie gerade dargelegt wurde. Problematisch ist vielmehr auch hier, dass i. d. R. Verteidigergespräche abgehört werden, auf §§ 138a ff. StPO als weniger belastende Eingriffsmöglichkeit aber nicht zurückgegriffen werden kann, da ein speziell überwachtes Verteidigungsverhältnis gerade nicht vorliegt. Zur Beurteilung dieser Situation ist eine genaue Analyse der Interessenlage nötig. Diese gleicht nur bedingt der gerade unter bb) geschilderten Lage. Dort liegt ein intentionaler staatlicher Eingriff in ein Verteidigungsverhältnis mit dem Ziel der Informationsgewinnung für ein Vorgehen gegen den Mandanten (und evtl. den Verteidiger) vor. Vorliegend dient die Überwachung dagegen ausschließlich dem Vorgehen gegen den Verteidiger, die Aufnahme der Verteidigungsgespräche ist insoweit als „Kollateralschaden" nicht intendiert. Die spezifische Schutzrichtung des § 148 StPO ist damit nicht in ihrem Kernbestand verletzt. Denn eine Beeinträchtigung der durch § 148 StPO geschützten Kommunikationssituation kann schon vermieden werden, indem eine Überwachung zwar für zulässig erklärt wird, alle durch die Telefonüberwachung gewonnenen Aufzeichnungen von Verteidigergesprächen aber einem generellen Verwertungsverbot unterliegen. Diese Lösung balanciert den Schutzgedanken des § 148 StPO und die grds. von § 100a StPO gedeckte Möglichkeit zur Abhörung eines Verteidigers aus.[123] Zusätzlich ist zu fordern, bei der Anordnung

118 Für die h. Lit. *Beulke* (Fn. 1), S. 646 m. w. N.

119 *Ebd.*

120 *Ebd.* m. w. N.; *Lemke*, in: Heidelberger Kommentar zur StPO, 3. Aufl. (2001), § 100a Rn. 13; *G. Schäfer*, in: Löwe/Rosenberg (Fn. 20), § 100a Rn. 75; *Meyer-Goßner* (Fn. 33), § 100a Rn. 13.

121 Die weitere Möglichkeit des *splitting* der Verwertbarkeit von aufgezeichneten Verteidigergesprächen (nur zulässig gegen den Verteidiger) analog dem Recht der Beschlagnahmeverbote prüft und verwirft *Welp* (Fn. 95), S. 297.

122 *BGHSt* 33, 347 f.; *BGH*, NStZ 1988, 562; *Nack*, in: KK-StPO (Fn. 21), § 100a Rn. 29; *Meyer-Goßner* (Fn. 33), § 100a Rn. 13 m. w. N.; *Rieß* (Fn. 91), S. 77; a. A. *Rudolphi*, in: SK-StPO (Fn. 21), § 100a Rn. 19; *Welp* (Fn. 95), S. 297.

123 Zu einseitig daher *Welp* (Fn. 95), S. 297, der die Fälle bb) und cc) völlig gleichsetzt.

der Überwachung größte Zurückhaltung walten zu lassen.[124] Ein vollständiges Abhörverbot von Verteidigern ist jedoch mit der Entscheidung des Gesetzgebers gegen ein Verteidigerprivileg nicht vereinbar. Eine Änderung *de lege ferenda* wäre erstrebenswert.

dd) Sonstige Überwachungsmaßnahmen

Die gerade für § 100a StPO geschilderten Konstellationen und Argumente lassen sich auf die übrigen Eingriffstatbestände der §§ 100a ff. StPO übertragen, was hier im Einzelnen nicht auszuführen ist.[125]

ee) Folgen des Verstoßes

Damit ist schon angesprochen, wie mit Informationen zu verfahren ist, die unter Verstoß gegen die gerade geschilderten Grundsätze gewonnen wurden. Hier kommt nach allgemeiner Ansicht nur ein Beweisverwertungsverbot[126] in Frage – sowohl im Verfahren gegen den Beschuldigten als auch – falls nötig – im Verfahren gegen den Anwalt.[127]

b) Schutz der schriftlichen Kommunikation

Auch die schriftliche Kommunikation muss vollständig dem Schutzbereich des § 148 I StPO bzw. der §§ 26 S. 3, 29 I S. 1 StVollzG unterstehen. Eine inhaltliche Prüfung verbietet sich (Ausnahme: § 148 II StPO); die Kontrolle ist darauf beschränkt, ob es sich nach äußeren Merkmalen um Verteidigerkommunikation handelt.[128] Auch hier ist fraglich, wie genau zu bestimmen ist, welche Kommunikation unter § 148 I StPO fällt und wie sich allgemeine und strafprozessuale Eingriffe zum Schutz aus § 148 StPO verhalten.

aa) Durchsuchungen

Der Verteidiger, der seinen in Haft befindlichen Mandanten aufsuchen will, kann bei Betreten der Vollzugsanstalt aufgefordert werden, sich einer Durchsuchung zu unterziehen. Bzgl. der rechtlichen Beurteilung ist zwischen U-Haft und Strafhaft zu differenzieren.[129]

---

124 *BGH*, Beschl. v. 15. 08. 2003, 1 BGs 249/2003 – 2 BHs 118/93/7; Beschl. v. 16. 09. 2003, 1 BGs 267/2003 – 2 BJs 118/93/7.

125 Vgl. *Nack*, in: KK-StPO (Fn. 21), § 100c Rn. 26, § 100h Rn. 9; *Meyer-Goßner* (Fn. 33), § 100c Rn. 18; *Welp*, Verbindungsdaten – Zur Reform des Auskunftsrechts, GA 2002, S. 535, 551.

126 Speziell zur vorliegenden Situation *Beulke* (Fn. 1), S. 646 ff.

127 Statt aller *Nack*, in: KK-StPO (Fn. 21), § 100a Rn. 29 m. w. N.

128 *OLG Stuttgart*, NStZ 1983, 384; *OLG Koblenz*, NStZ 1986, 332; *OLG Karlsruhe*, NStZ 1987, 188; *Laufhütte*, in: KK-StPO (Fn. 21), § 148 Rn. 8.

129 Verfehlt daher die Ausführungen von *OLG Nürnberg*, StV 2002, 669.

(1) U-Haft

Eine Durchsuchungsanordnung gem. § 119 III StPO berührt grds. zwar nicht die Rechtsstellung eines Rechtsanwalts,[130] kann jedoch in das durch § 148 StPO geschützte Verteidigungsverhältnis eingreifen. Nach *BGH*, NJW 1973, 1656 schützt § 148 StPO den Besuch in seiner „lebensmäßigen Ganzheit" ab Betreten der Vollzugsanstalt. Eine Durchsuchung kann den Strafverfolgungsbehörden zur Kenntnis bringen, welche Unterlagen der Verteidiger mit dem Mandanten erörtert, wodurch – insbes. in Zusammenhang mit dem späteren Prozessverhalten – Verteidigungsabsichten erkennbar werden.

Um einer begründeten Gefahr zu begegnen, ist aber nach h. M. eine oberflächliche Untersuchung des Verteidigers (etwa durch Metalldetektoren) auf Waffen und Ausbruchswerkzeug, die keinen Einblick in die Akten nimmt, zulässig.[131] Die hiergegen geltend gemachten Bedenken[132] greifen jedenfalls dann nicht, wenn die Untersuchung derart alltäglich und oberflächlich ist, dass sie wie die Besuchszeitregel in JVAs nur einen geordneten Anstaltsbetrieb gewährleistet.[133]

(2) Strafhaft

Zwar liegt bei dem sich in Strafhaft Befindenden die gleiche von § 148 StPO geschützte Interessenkonstellation vor. Anders als für den U-Häftling gilt aber der Misstrauensgrundsatz,[134] der in §§ 24 III i. V. m. 26 S. 2 StVollzG eine gesetzliche Schranke des § 148 I StPO errichtet hat. Zu fordern ist aber ein konkreter Verdacht gegen den Verteidiger im Einzelfall und keine Durchsuchung des Akteninhalts.[135]

bb) Beschlagnahme

Ein weiteres Eindringen in die durch § 148 StPO geschützte Sphäre droht bei einer Beschlagnahme der Verteidigungsunterlagen, wogegen das Beschlagnahmeverbot des § 97 StPO sichert.

Dabei ist anerkannt, dass über § 148 StPO, der § 97 II S. 1 StPO als lex posterior erweitert, Verteidigungsunterlagen auch dann beschlagnahmefrei sind, wenn sie z. B. auf dem Postweg sind oder im Gewahrsam des Beschuldigten stehen bzw. von ihm selbst angefertigt sind.[136]

---

130 *BVerfGE* 38, 26 (30 f.).

131 *BGH*, NJW 1973, 1656; *OLG Hamm*, NJW 1980, 1405; *Laufhütte*, in: KK-StPO (Fn. 21), § 148 Rn. 3; *Lüderssen*, in: Löwe/Rosenberg (Fn. 20), § 148 Rn. 20; *Meyer-Goßner* (Fn. 33), § 148 Rn. 12.

132 *OLG Saarbrücken*, NJW 1978, 1446 (1448); *Callies*, Die Durchsuchung des Strafverteidigers bei Betreten der Justizvollzugsanstalt, StV 2002, S. 675 ff.

133 Zur restriktiven Ausgestaltung *BGHSt* 29, 135; *Laufhütte*, in: KK-StPO (Fn. 21), § 148 Rn. 3 m. w. N.

134 *Callies* (Fn. 133), S. 678. Daher scheidet auch die Möglichkeit einer Analogie zur U-Haft aus, so aber *Roxin* (Fn. 106), § 19 Rn. 71.

135 *Müller-Dietz*, in: Calliess, Kommentar zum Strafvollzugsgesetz, 9. Aufl. (2002), § 26 Rn. 2 m. w. N.

136 *BVerfG*, NStZ 2002, 377; *BGHSt* 44, 46; *Fezer*, Grundfälle zum Verlesungs- und Verwer-

Problematisch ist, wenn der Verdacht besteht, dass belastende Papiere als Verteidigerunterlagen bezeichnet oder Verteidigungsunterlagen mit sonstigen Papieren, vermischt werden. Nach h. M. ist eine Durchsicht der Schriftstücke, die nicht ersichtlich zu Verteidigungszwecken erstellt wurden[137], zulässig (§ 110 StPO), wobei eine teilweise Kenntnisnahme des Inhalts unschädlich ist, da – sollte es sich wirklich um Verteidigungsunterlagen handeln – ein Verwertungsverbot besteht.[138] Denn das Beschlagnahmeverbot des § 97 StPO reiche nur so weit wie das Zeugnisverweigerungsrecht aus § 53 I S. 1 Nr. 2 StPO und erfasse daher nur die Unterlagen, die unmittelbar die Verteidigung betreffen (vgl. § 53 I S. 2 StPO).

Diese Betrachtungsweise geht jedoch fehl, da – wie auch von der h. M. anerkannt[139] – § 148 StPO als lex posterior den Schutzbereich des § 97 StPO ausdehnt. § 148 StPO verbietet eine genaue Bestimmung dieses Schutzbereiches, wenn damit ein Eingriff in den Bereich verbunden ist, was bei Schriftstücken in der Natur der Sache liegt, da die verstehende Lektüre die einzige Möglichkeit zur Bestimmung und Qualifizierung des Inhalts als (Nicht-) Verteidigungsdokument ist.[140] Das muss auch für die Dokumente gelten, die – so die h. M. – der Mandant dem Verteidiger übergibt, um sie dem Zugriff der Strafverfolgungsorgane zu entziehen.[141] Ein Verwertungsverbot kommt erst in Betracht, wenn Informationen unter Verstoß gegen diese Grundsätze erlangt wurden. Der Beweismittelverlust, der dadurch evtl. eintreten kann, entspricht der gesetzgeberischen Entscheidung und muss auch sonst bei vergleichbarer Interessenlage hingenommen werden.[142]

Entgegen dem Wortlaut des § 97 II S. 3 StPO und der h. M.[143] ist aufgrund von § 148 StPO als lex posterior und lex specialis[144] auch dem teilnahmeverdächtigen Vertei-

---

tungsverbot im Strafprozess, JuS 1978, S. 765, 769; *Nack*, in: KK-StPO (Fn. 21), § 97 Rn. 24 m. w. N.; *Welp*, „Vereinfachter" Geheimnisschutz im Strafverfahren?, JZ 1972, S. 423, 428; *Rudolphi* (Fn. 113), S. 441.

137 Kritisch zur Aussagevalidität juristischer Leerformeln wie „offensichtlich" *Jahn/Schmitz* (Fn. 98), S. 330.

138 *BGH*, NJW 1973, 2035 (2037); *KG*, NJW 1975, 354 (355).

139 Vgl. daher auch die etwas widersprüchliche Argumentation bei *Nack*, in: KK-StPO (Fn. 21), § 97 Rn. 24 bzgl. der Unzulässigkeit einer Kontrolle der Verteidigerpost auch wenn sie beschlagnahmungsfähige Unterlagen enthält.

140 I. E. auch *Rudolphi*, in: SK-StPO (Fn. 21), § 97 Rn. 47.

141 Für die h. M. vgl. Nachweise bei *Rudolphi*, in: SK-StPO (Fn. 21), § 97 Rn. 47, der selbst zutreffend bemerkt, dass das von der h. M. angenommene „Verstecken" eine fehlerhafte Sachverhaltsauslegung ist, ebenso *Haffke*, Einschränkung des Beschlagnahmeprivilegs des Verteidigers durch den Rechtsgedanken der Verwirkung?, NJW 1975, S. 808, 810 f. Abwägend *LG Fulda*, NJW 2000, 1508.

142 *G. Schäfer*, in: Löwe/Rosenberg (Fn. 20), § 97 Rn. 40 mit Hinweis auf *BVerfGE* 44, 353 (373) und *BGHSt* 14, 358 (365).

143 Diese verlangt nur einen höheren Verdachtsgrad: *BGHSt* 33, 347 (351 ff.); *BGH*, NJW 1982, 2508; *BGH*, Urt. v. 22. 11. 2000, 1 StR 375/00; *Nack*, in: KK-StPO (Fn. 21), § 97 Rn. 39; *Müller*, in: Heintschel-Heinegg/Stöckel, KMR Kommentar zur StPO, Stand: Aug. 2005, § 97 Rn. 14; *Meyer-Goßner* (Fn. 33), § 97 Rn. 38; offengelassen von *BGH*, NStZ 2001, 604.

144 *G. Schäfer*, in: Löwe/Rosenberg (Fn. 20), § 97 Rn. 96 f.; *Roxin* (Fn. 106), § 19 Rn. 71; *Roxin*

diger voller Beschlagnahmeschutz zu gewähren. Unabhängig vom Verdachtsgrad ist daher eine Beschlagnahme bei Beteiligungsverdacht nie zulässig. Zu verweisen ist insbes. auf die historische Kontingenz der der h. M. zugrunde liegenden Entscheidungen *BGH*, NJW 1973, 2035 und *KG*, NJW 1975, 354, die weder die abschließende Regelung des § 148 II StPO kannten, noch über das Instrumentarium der §§ 138a ff. StPO verfügten.

cc) Postkontrolle nach § 99 InsO

Anerkannt ist dagegen, dass § 99 InsO (Postkontrolle durch Insolvenzverwalter) als lex specialis § 148 StPO vorgeht, so dass auch die Verteidigerpost kontrolliert werden kann.[145] Die bisherigen Abwägungskriterien lassen sich auf das Insolvenzverfahren nicht anwenden, da hier schon das *nemo-tenetur*-Prinzip keinen Halt findet (§ 97 I S. 2 InsO). Dies ist insofern nicht problematisch, da kein Eingriffsrecht der Strafverfolgungsbehörden geschaffen wird. Jedoch erfordert eine verfassungskonforme Auslegung des § 99 InsO unter Berücksichtigung des § 148 StPO, dass für die aus der Post erlangte Information nicht nur ein Verwertungsverbot gilt, sondern sie vielmehr auch hinsichtlich ihrer Fernwirkungen dem Verwendungsverbot des § 97 I S. 3 InsO[146] unterliegt.[147]

dd) § 148 II StPO

Wie schon dargelegt, hat der Gesetzgeber durch das Einfügen von § 148 II StPO die Voraussetzungen für einen Eingriff in das Recht auf völlig freie Verteidigung in Gestalt der schriftlichen Kommunikation und des Austauschs von Gegenständen (Trennscheibe) normiert und insofern (ungeachtet speziellerer Gesetze) eine abschließende Grenze für Eingriffe in § 148 I StPO gesetzt.[148] Für den Strafvollzug gelten die §§ 26 S. 4, 27 IV S. 3, 29 I S. 2, 3 StVollzG.

ee) Folgen des Verstoßes

Folge des Verstoßes gegen die Verbote zur Informationsgewinnung ist allgemein ein Verwertungsverbot bzgl. dieser Informationen.[149] Dieses ist aus dem Schutzgedanken des § 148 StPO heraus umfassend zu verstehen.

(Fn. 100), S. 117; *Rudolphi*, in: SK-StPO (Fn. 21), § 97 Rn. 51; *Welp*, Anmerkung zu BGH, Beschluss v. 13. 8. 1973 – 1 BJs 6/71, JZ 1974, S. 423, 426; *Welp* (Fn. 92), S. 142; *Welp* (Fn. 95), S. 297.

145 *BVerfG*, NJW 2001, 745; *AG Duisburg*, NZI 2004, 504; *Laufhütte*, in: KK-StPO (Fn. 21), § 148 Rn. 8.

146 Vgl. *Bittmann/Rudolph*, Das Verwendungsverbot gemäß § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO, wistra 2001, S. 81, 84.

147 *Marberth-Kubicki*, Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 6. 11. 2000 – 1 BvR 1746/00, StV 2001, S. 433; unzutreffend daher *BVerfG*, NJW 2001, 745, das nur von einem Verwertungsverbot spricht. Ebenfalls ablehnend, allerdings unter Verwendung uneinheitlicher Terminologie *Beulke* (Fn. 29), Rn. 155a.

148 *BGHSt* 30, 38 (41); *Meyer-Goßner* (Fn. 33), § 148 Rn. 17.

149 *BGHSt* 18, 227; 44, 46 (51); *Nack*, in: KK-StPO (Fn. 21), § 97 Rn. 9; *Meyer-Goßner* (Fn. 33), § 97 Rn. 46 f.; Rügevoraussetzungen bei *BGH*, NStZ 1991, 196.

c) Sonstige Zwangsmaßnahmen in der StPO

Mangels ausdrücklicher Begrenzung zugunsten des Verteidigers können ferner die §§ 99, 102 f., 111 StPO in die geschützte Beziehung zwischen Verteidiger und Mandant eingreifen. Dabei ist für die Postbeschlagnahme, § 99 StPO, eine Verteidigerprivilegierung aus § 148 StPO (lex posterior) allgemein anerkannt. Bei Durchsuchungen gem. §§ 102, 103 StPO[150] und dem Sonderfall der Durchsuchung an Kontrollstellen, § 111 StPO, kann aufgrund der gleich gelagerten Situation auf die Ausführungen zu § 97 StPO verwiesen werden.[151]

V. Rechtsvergleichende Ausblicke

Vorauszuschicken ist ein Hinweis auf die methodische Unzulänglichkeit einer einseitig normativen Vergleichsperspektive, wie sie hier aufgrund des Umfangs leider einzig möglich ist.[152] Die Darstellung muss auf skizzenhafte Anmerkungen bzgl. Gemeinsamkeiten und (charakteristischer) Unterschiede beschränkt bleiben, kann aber dadurch evtl. zu einer Bewusstseinsschärfung gegenüber der eigenen Rechtsordnung beitragen.

1. England und Wales

Während die § 137 StPO entsprechenden Regelungen weitgehend ergebnisparallel sind[153], besteht keine Regelung der Pflichtverteidigung im deutschen Sinne. Stattdessen gibt es im *Legal Aid Act* eine der deutschen zivilprozessualen Gerichtskostenhilfe ähnliche Finanzierungsmöglichkeit. Die traditionell sehr weitgehenden Möglichkeiten zur Abhörung auch privilegierter Gespräche z. B. mit einem Anwalt (die Verwertung ist möglich, bedarf jedoch der Zustimmung eines *Commissioners*, d. h. eines Richters am *High Court*), die mangels Anerkennung eines *Rights of Privacy* für das englische Recht charakteristisch ist, sind angesichts der EMRK und des die EMRK inkorporierenden *Human Rights Act* von 1998 bedenklich.

2. Frankreich

Der *Code Procédure Penale* (CPP) gewährt dem Beschuldigten im Vorverfahren nur wenig Rechte. Maßgebliche Norm ist Art. 63 I CPP: so ist dem Beschuldigten lediglich zu Beginn der Polizeihaft eine halbe Stunde (vertrauliches) Gespräch mit dem Verteidiger gestattet, danach erst wieder nach der 24. und der 36. Stunde Haft (vgl. Art. 77 CPP), wobei in Fällen von organisierter Kriminalität (erstes Gespräch nach

150 Vgl. *Leipold*, Durchsuchung einer Anwaltskanzlei, NJW Spezial 2005, S. 327.

151 Zum Ganzen *Mörlein* (Fn. 95), S. 82 f.

152 Grundlegend immer noch *Jescheck*, Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung, 1955, S. 41.

153 Vgl. auch zum Folgenden *Kühne*, Strafprozessrecht, 6. Aufl. (2003), Rn. 1173 ff.

48 Stunden) und Terrorismus (72 Stunden) die Fristen weit nach hinten verlagert werden.[154] Eine der dt. Kontaktsperre ähnliche Regelung besteht in der Möglichkeit, den Beschuldigten durch Gerichtsanordnung binnen drei Tagen nach Inhaftnahme zu isolieren (*mise en secret*). Die Abhörung der Leitungen von Rechtsanwälten ist dagegen gem. Art. 100 VII CPP nur möglich, nachdem der Vorsitzende der Rechtsanwaltskammer (*bâtonnier*) über die Maßnahme informiert wurde.

3. Italien

Die italienische Regelung ist für den Beschuldigten günstiger als in Deutschland. So gibt auch der *Codice Procedura Penale* (iCPP) dem Beschuldigten das Recht, sich in jeder Verfahrenslage eines Verteidigers zu bedienen, gestaltet das Recht aber wesentlich weiter aus als § 137 StPO: so ist bei jeder polizeilichen Vernehmung die Anwesenheit eines Amtsverteidigers (*difensore di ufficio*) nötig (Art. 350 II, III iCPP). Die Polizei hat die Handlungspflicht (!), einen Verteidiger zu besorgen, ihn sogar, wenn kein Zeitdruck besteht, mindestens 24 Stunden vor der Vernehmung zu informieren (Art. 364 III CPP), um ihm genügend Vorbereitungszeit zu geben. Art. 104 iCCP entspricht grds. § 148 StPO und gibt ein Recht auf unbewachte Kommunikation. Die Möglichkeit einer bis zu zweitätigen Kontaktsperre ergibt sich aus Art. 104 IV i. V. m. 390 I iCPP auf Anordnung der Staatsanwaltschaft.

4. Internationale Strafgerichtshöfe

Beachtenswert sind ebenfalls die Regelungen in den Prozessordnungen der internationalen Strafgerichtshöfe. Das Statut des Jugoslawien-Tribunals (ICTYS) entspricht dabei dem völkerrechtlich geregelten Mindeststandard eines fairen Strafverfahrens; auch sie versucht, die effektive Verteidigung zu sichern.[155] So hat der Verdächtige nach Art. 18 III ICTYS ein Recht auf Beiziehung eines Wahlverteidigers bei Vernehmungen im Vorverfahren. Fehlen ihm die materiellen Mittel hierzu, erfolgt eine unentgeltliche Beiordnung. Dies bekräftigt Regel 42 der Verfahrensordnung und Beweisregeln des Gerichts („Regeln"), wonach die Vernehmung nur bei Anwesenheit des Verteidigers stattfinden darf, wenn der Beschuldigte nicht auf die Anwesenheit verzichtet hat. Ein endgültiger Verzicht ist nicht möglich. Sobald der Beschuldigte einen Anwalt verlangt, muss die Vernehmung unterbrochen werden (Regeln 42 B, 63). Parallel zu § 148 StPO regelt Regel 97 den besonderen Schutz des Verkehrs zwischen Mandant und Verteidiger und erlaubt eine Offenlegung der Kommunikation nur bei Einwilligung des Mandanten oder bei freiwilliger Weitergabe von Informationen an Dritte (*lawyer-client privilege*).

In Übernahme der Gedanken des ICTYS orientiert sich auch das Statut des Internationalen Strafgerichtshofes in Art. 55 und 67 am völkerrechtlichen Mindeststandard

154 *Madignier*, Verteidigungsrechte im Grünbuch aus französischer Sicht, StV 2003, S. 132.

155 *Ambos*, Zur Stellung von Verteidiger und Beschuldigtem vor dem UN-Jugoslawiengerichtshof, NStZ 1998, S. 123.

von Art. 14 IPbürgR und Art. 6 EMRK und kommt insofern zu weitgehend parallelen Regelungen.[156]

VI. Schlussbemerkungen

Das Bestehen eines umfassend geschützten Kommunikationsverhältnisses zwischen Verteidiger und Mandant steht im deutschen Strafrecht nicht in Frage. Bedenklich stimmen aber die v. a. in der Rechtsprechung vorherrschenden Tendenzen, im Einzelfall weitgehende Eingriffe in diesen Bereich zuzulassen. Vielfach scheint derartigen Eingriffen die Auffassung eines komplizenhaften Verhältnisses zwischen Mandant und Verteidiger zugrundezuliegen, die ihre Prägung auch durch die negativen Erfahrungen in den Terroristenprozessen in den 1970er Jahren erfahren hat. Unter Verkennung der spezialgesetzlich geschaffenen Eingriffstatbestände für derartige Fälle erfahren die grundlegenden Bestimmungen §§ 137 und 148 StPO einschränkende Interpretationen, die selten mit Telos und Systematik der Normen übereinstimmen. Solche Argumentationen sind ebenso kritisch zu betrachten wie das v. a. im Zusammenhang mit dem Beginn des geschützten Verteidigungsverhältnisses gebrauchte Argument des Funktionierens der Strafrechtspflege, das ebenso wie knappe Mittel eine zu weitgehende Ausgestaltung der Beschuldigtenrechte im Ermittlungsverfahren hindere. Zu verweisen ist dagegen auf das vorliegend entfaltete normative Gerüst, das auch in seiner einfachrechtlichen Ausgestaltung eine umfassende Schutzsphäre für die Kommunikation des Verteidigers mit dem Mandanten etabliert und in ausländischen Rechtsordnungen wie im Völkerrecht funktionale Äquivalente findet.

156 Vgl. *Lagodny*, Legitimation und Bedeutung des Ständigen Internationalen Strafgerichtshofes, ZStW 2001, S. 800, 822.