

## E n t s c h e i d u n g s a n m e r k u n g

### Pflichtverteidigerbestellung bei möglichem Beweisverwertungsverbot

**Die Rechtslage ist schwierig im Sinne von § 140 Abs. 2 S. 1 StPO, wenn die Annahme eines Verwertungsverbotes ernsthaft in Betracht kommt, was der Fall ist bei der Frage, wann von einer Zeugen- zur Beschuldigtenvernehmung übergegangen werden muss und ob aus einer damit zusammenhängenden fehlerhaften Belehrung ein Beweisverwertungsverbot folgt. (Leitsatz des Verf.)**

StPO §§ 136 Abs. 1, 140 Abs. 2 S. 1, 163a Abs. 4 S. 2

LG Hannover, Beschl. v. 23.1.2017 – 70 Qs 6/17<sup>1</sup>

#### I. Einleitung

Zahlreiche Richter und Staatsanwälte halten Verteidiger für lästig, manche davon sogar für überflüssig. Wer meint, diese Einschätzung sei übertrieben, der irrt: Das Verhältnis zwischen Justiz und Strafverteidigern ist (seit jeher) gestört. Das mag auch daran liegen, dass – etwa in Bayern – Richter und Staatsanwälte in der Regel und regelmäßig die Seite wechseln, während die Anwaltschaft bei diesem Wechselzirkus außen vor bleibt. Richtern und Staatsanwälten fehlt meist jedes Gespür für die anwaltliche Arbeitsweise. Das ist ein bedeutsamer systembedingter Malus, der die Justiz schwächt.

Darunter leidet auch die Fähigkeit zur realistischen Selbsteinschätzung. Wer der Rolle eines Strafverteidigers die nötige Wertschätzung verweigert, verweist zur Rechtfertigung gemeinhin auf die eigene gesetzliche Pflicht zur Objektivität.<sup>2</sup> Doch damit ist es nicht weit her, was sogar das Bundesverfassungsgericht<sup>3</sup> anerkennt: „Polizei und Staatsanwaltschaft genießen keine Unabhängigkeit, und von ihnen kann [...] nicht wie vom Richter strikte Neutralität erwartet werden.“ Dieser Stellungnahme liegt eine realistische Psychologie zugrunde, wonach die Staatsanwaltschaft einen Fall „gewinnen“ will. Staatsanwälten fehlt deshalb oft Maß und Mitte, das gilt sowohl in die eine (Stichwort: Einstellungspraxis in Wirtschaftsstrafverfahren) als auch in die andere Richtung (Stichwort: verbohrt festhalten an der Anklage und einer Verurteilung bei Bagatellen).

Aber auch vielen Richtern fehlt das nötige Maß selbstkritischer Reflexion der eigenen Tätigkeit und ihrer (Erkenntnis-) Grenzen. Das hat ganz sicher auch mit Defiziten der juristischen Ausbildung zu tun, in der so gut wie nie psychologische Effekte thematisiert werden, etwa im Zusammenhang mit der Wahrnehmungsverarbeitung und diesbezüglicher

Verzerrungsmechanismen.<sup>4</sup> Und selbst wenn ein Gericht den Sachverhalt umfassend erforscht, können Entlastungsmomente übersehen und fehlinterpretiert werden. Entlastende Umstände werden nun einmal am ehesten von dem wahrgenommen, der das stärkste Interesse an ihrer Entdeckung hat. Deshalb soll und muss der Verteidiger die staatlichen Prozessbeteiligten immer wieder an ihre Pflicht zur gewissenhaften und justizförmigen Sachverhaltserforschung erinnern.<sup>5</sup>

#### II. Arten der Verteidigung

Glücklicherweise steht die Beantwortung der Frage, ob Beschuldigte das Recht auf Hinzuziehung eines Verteidigers haben, nicht im Belieben von Staatsanwaltschaften oder Richtern. Normativ verankert ist das Recht auf Verteidigung in Art. 6 Abs. 3 lit. c. EMRK und § 137 Abs. 1 StPO. Aber die Strafprozessordnung geht noch einen Schritt weiter. Neben das Recht, „in jeder Lage des Verfahrens“ einen Wahlverteidiger heranzuziehen (§ 137 Abs. 1 S. 1 StPO), treten Fälle der notwendigen Verteidigung: Wer als Beschuldigter keinen Verteidiger hat, etwa weil ihm das nötige Geld fehlt oder er fremde Hilfe ablehnt, dem wird vom Gericht in bestimmten Fällen (notfalls sogar gegen den Willen des Beschuldigten)<sup>6</sup> ein Verteidiger bestellt. Gewährleistet werden soll dadurch in Fällen besonderer Schutzwürdigkeit des Beschuldigten ein faires Strafverfahren.<sup>7</sup> Die Rede ist dann von einem „Pflichtverteidiger“. Jeder Pflichtverteidiger ist zugleich notwendiger Verteidiger, nicht aber ein notwendiger Verteidiger automatisch Pflichtverteidiger.

Wann nach dem Gesetz die Mitwirkung eines Verteidigers notwendig ist, regelt bei Erwachsenen<sup>8</sup> § 140 StPO.<sup>9</sup> § 140 Abs. 1 StPO enthält einen Katalog mit Fällen notwendiger Verteidigung, z.B. wenn die Hauptverhandlung im ersten Rechtszug vor dem Land- oder Oberlandesgericht stattfindet (Nr. 1), die Anklage ein Verbrechen beinhaltet (Nr. 2) oder gegen den Beschuldigten Untersuchungshaft vollstreckt wird (Nr. 4).

Greift keine spezielle Regelung, kann sich die Notwendigkeit immer noch aus der Generalklausel des § 140 Abs. 2 S. 1 StPO ergeben. Danach ist ein Verteidiger zu bestellen, „wenn wegen der Schwere der Tat oder wegen der Schwie-

<sup>4</sup> Dazu *Geipel*, Handbuch der Beweiswürdigung, 3. Aufl. 2017, § 16 Rn. 63 ff.; zum Perseveranz- und Schulterchluss-effekt siehe auch *Paeffgen*, GA 2013, 253; *Schünemann*, StV 2000, 159.

<sup>5</sup> Dazu *Putzke/Scheinfeld*, Strafprozessrecht, 6. Aufl. 2015, Rn. 375.

<sup>6</sup> „Zwangverteidigung“, siehe dazu *Schlüchter*, Das Strafverfahren, 2. Aufl. 1983, Rn. 106 a.E.

<sup>7</sup> BVerfG NJW 1986, 767 (771); *Schmidt*, Strafprozessrecht, 3. Aufl. 2010, Rn. 195.

<sup>8</sup> Bei Jugendlichen gilt (ergänzend zu § 140 StPO) § 68 JGG, der über § 109 Abs. 1 S. 1 JGG teilweise auf Heranwachsende Anwendung findet.

<sup>9</sup> Weitere Fälle notwendiger Verteidigung regeln zum Beispiel die §§ 364b Abs. 1 S. 1 (Wiederaufnahmeverfahren), 408b S. 1 (Strafbefehlsverfahren) und 418 Abs. 4 (Beschleunigtes Verfahren).

<sup>1</sup> Die Entscheidung ist zu finden unter BeckRS 2017, 101242.

<sup>2</sup> Bei Staatsanwälten lässt diese sich normativ aus § 160 Abs. 2 StPO ableiten, bei Richtern unter anderem aus § 244 Abs. 2 StPO.

<sup>3</sup> BVerfG NSTz 2001, 382 (384).

rigkeit der Sach- oder Rechtslage die Mitwirkung eines Verteidigers geboten erscheint oder wenn ersichtlich ist, daß sich der Beschuldigte nicht selbst verteidigen kann.“

Besondere Schwierigkeiten bereitet die Beurteilung, wann die Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage eine Mitwirkung notwendig macht. Gerichte haben, wohl auch aus den oben (unter I.) dargelegten Gründen eine Neigung, die Pflichtverteidigerbestellung restriktiv zu handhaben. Dies leitet über zum Beschluss des Landgerichts Hannover, worin auf die Beschwerde der Angeklagten der (ablehnende) Beschluss des Amtsgerichts Hannover aufgehoben und der Angeklagten ein Pflichtverteidiger beigeordnet wurde.

### III. Sachverhalt

Vorgeworfen wurde der Angeklagten in einem Strafbefehl unerlaubtes Entfernen vom Unfallort: Als Führerin eines Autos sei sie an ein am rechten Fahrbahnrand geparktes Auto gestoßen (Schaden rund 1.218 €) und habe anschließend, in Kenntnis des Unfalls, den Unfallort mit ihrem Auto verlassen, so dass die notwendigen Feststellungen vereitelt worden seien.

Nachdem die Angeklagte Einspruch gegen den Strafbefehl eingelegt hatte, beantragte sie die Beiordnung eines Pflichtverteidigers unter Verweis darauf, dass die Rechtslage im Sinne von § 140 Abs. 2 S. 1 StPO schwierig sei, weil ein Beweisverwertungsverbot vorliege. So hätte sie, die jetzige Angeklagte, von dem Polizeibeamten vor Beginn der Vernehmung wegen der vorangegangenen Ermittlungen zwingend als Beschuldigte und nicht nur als Zeugin belehrt werden müssen.

Den Antrag auf Beiordnung eines Pflichtverteidigers lehnte das Amtsgericht Hannover ab, weil ein in Betracht kommendes Verwertungsverbot keinen Verteidiger notwendig mache und noch weitere Beweismittel zur Verfügung stünden.

### IV. Rechtsfragen

Der Sachverhalt enthält drei rechtliche Aspekte, auf die es sich einzugehen lohnt: erstens, wann von einer Zeugen- zur Beschuldigtenvernehmung überzugehen ist; zweitens, ob bei einer damit zusammenhängenden fehlerhaften Belehrung ein Beweisverwertungsverbot folgt und drittens, ob bei einem Beweisverwertungsverbot die Rechtslage im Sinne von § 140 Abs. 2 S. 1 StPO schwierig und ggf. ein Pflichtverteidiger beizuordnen ist.

1. Die Belehrung eines Zeugen unterscheidet sich grundlegend von der Belehrung eines Beschuldigten. Während ersterer grundsätzlich (Ausnahme: § 55 Abs. 2 StPO) die Wahrheit sagen muss (vgl. §§ 57 S. 1, 161a Abs. 1 StPO, §§ 153, 154 Abs. 1 StGB), darf letzterer schweigen („nemo tenetur se ipsum accusare“, siehe Art. 14 Abs. 3 lit. g Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte).<sup>10</sup> Dementsprechend unterscheiden sich auch die jeweils bestehenden Belehrungspflichten: Ein Zeuge ist über seine Pflicht, die Wahrheit zu sagen, zu belehren, ein Beschuldigter über sein Recht zu schweigen.

Erhält zum Beispiel die Polizei Kenntnis von zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkten mit Blick auf das Vorliegen einer verfolgbaren Straftat (§ 152 Abs. 2 StPO), ist nicht immer klar, wer dafür als Täter in Betracht kommt. Deshalb ist es auch richtig, dass nicht schon bei jedem vagen Verdacht eine Beschuldigtenbelehrung ausgesprochen wird. Auch das Gesetz geht in den §§ 55, 60 Nr. 2 StPO davon aus, dass in einem Strafverfahren ein Verdächtiger im Einzelfall als Zeuge vernommen werden darf, ohne dass er über die Beschuldigtenrechte belehrt werden muss. Bei (vagen) Verdachtsmomenten genügt eine Belehrung nach § 55 Abs. 2 StPO.

Die Beurteilung, ob es sich bei einem Verdächtigen noch um einen Zeugen oder schon um einen Beschuldigten handelt, obliegt der pflichtgemäßen Bewertung des Vernehmungsbeamten.<sup>11</sup> Der Übergang von der Zeugenstellung zum Beschuldigtenstatus hängt aber nicht allein vom Willen der Strafverfolgungsbehörden ab. Verdichtet sich nämlich der Beteiligungsverdacht aufgrund „tatsächlicher Anhaltspunkte“, so sind die Strafverfolgungsbehörden verpflichtet, das Verfahren gegen den Verdächtigen förmlich einzuleiten; dies soll verhindern, dass ihm die Beschuldigtenrechte vorenthalten werden (Umgehungssperre): „Nach pflichtgemäßer Beurteilung der Strafverfolgungsbehörde muss [...] dann von der Zeugen- zur Beschuldigtenvernehmung übergegangen werden, wenn sich der Verdacht so verdichtet hat, dass die vernommene Person ernstlich als Täter der untersuchten Straftat in Betracht kommt“<sup>12</sup>.

Genau das war beim vorliegenden Sachverhalt der Fall: Als die spätere Angeklagte auf der Polizeiinspektion erschien, ging die dort tätige und in der Anklageschrift als Zeugin benannte Polizeibeamtin davon aus, dass es sich bei dieser Person um die Halterin des im Zusammenhang mit einer Unfallflucht zu überprüfenden Fahrzeugs handele. Allein die Haltereigenschaft hätte die Inculpationspflicht und Beschuldigtenbelehrung auslösen müssen.<sup>13</sup> Zudem schilderte die „Zeugin“, dass sie Eigentümerin des Autos sei, welches sie ständig und ausschließlich nutze, und ihr Freund am Unfallort wohne. Auch das wäre Anlass genug gewesen, sie als Beschuldigte zu belehren. Stattdessen fand die Belehrung erst statt, als die „Zeugin“ aussagte, dass sich ihr Auto zur Unfallzeit am Unfallort befunden habe und von ihr dort genutzt worden sei. Wegen der Verletzung der Pflicht zur Einleitung eines Ermittlungsverfahrens gegen die Halterin war diese längst Beschuldigte und hätte als solche über ihr Schweigerecht belehrt werden müssen.

2. Früher war umstritten, ob ein Verstoß gegen die Belehrungspflicht nach § 136 Abs. 1 StPO zu einem Verwertungsverbot führt. Der BGH<sup>14</sup> hatte dies unter Verweis darauf verneint, dass es sich bei § 136 StPO um eine bloße Ordnungsvorschrift handele.<sup>15</sup> In der Literatur war dies seit jeher

<sup>11</sup> BGHSt 51, 367 (371); BGH NSStZ 2008, 48.

<sup>12</sup> BGH NSStZ-RR 2004, 368.

<sup>13</sup> So auch OLG Nürnberg StV 2015, 155; LG Hannover BeckRS 2017, 101242.

<sup>14</sup> BGHSt 22, 170.

<sup>15</sup> Zur Revisibilität strafprozessualer Soll-Vorschriften siehe Neuhaus, in: Putzke u.a. (Hrsg.), Strafrecht zwischen System

<sup>10</sup> Dazu Putzke/Scheinfeld (Fn. 5), Rn. 144 ff.

auf vehementen Widerspruch gestoßen.<sup>16</sup> Seit BGHSt 38, 214 gehört diese verfehlte Judikatur der Vergangenheit an.

Inzwischen zweifelt niemand mehr ernsthaft daran, dass das Schweigerecht eines Beschuldigten zu den tragenden Prinzipien eines Strafprozesses gehört. Denn es liegt auf der Hand, dass es leichter ist, sich bei Verhaltensalternativen für eine dieser beiden (z.B. das Schweigen) zu entscheiden, „als wenn sofort mit der Vernehmung begonnen und damit gleichsam nur eine Verhaltensalternative aufgezeigt wird.“<sup>17</sup> Aus alledem ergibt sich, was heute einhellig in Rechtsprechung und Literatur so gesehen wird, nämlich dass eine Verletzung der Belehrungspflicht zu einem Beweisverwertungsverbot führt.<sup>18</sup>

3. Das leitet über zur dritten hier interessierenden Rechtsfrage im Beschluss des Landgerichts Hannover, ob im Zusammenhang mit einem Beweisverwertungsverbot die Rechtslage im Sinne von § 140 Abs. 2 S. 1 StPO als schwierig anzusehen ist. Anders als die Vorinstanz, das Amtsgericht Hannover, hat das Landgericht dies mit folgenden Erwägungen bejaht: „Die Angeklagte, die über keine juristische Vorbildung verfügt, wird die sich vorliegend mit der Einführung und Verwertung von Beweismitteln stellenden Rechtsfragen nicht beantworten können. Zur Ausrichtung der Verteidigungsstrategie ist eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob ein Berufen auf ein Beweisverwertungsverbot verfahrenstaktisch sinnvoll ist, unerlässlich und nur nach Rücksprache mit einem Rechtsanwalt zu beantworten.“ Unter Zugrundelegung dieses Beurteilungsmaßstabs sei „nach Gesamtwürdigung der Sach- und Rechtslage eine Pflichtverteidigung vorliegend geboten, weil die Annahme eines Beweisverwertungsverbots jedenfalls ernsthaft in Betracht kommt“.<sup>19</sup>

Diese Sicht und Begründung überzeugt. Denn Fragen zur Beweisverwertung sind stets schwierig – selbst bei anerkannten Beweisverwertungsverboten, nämlich dann, wenn es darum geht, ob die diesbezüglichen Voraussetzungen vorliegen.<sup>20</sup>

Zu klären bleibt freilich noch, wann ein Beweisverwertungsverbot „ernsthaft in Betracht kommt“. Das ist schon dann anzunehmen, wenn die Rechtslage umstritten ist, was selbst dann der Fall sein kann, wenn es dazu bereits gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung gibt. Damit wäre selbst zu Zeiten, in denen BGHSt 22, 170 in der Rechtsprechung unangefochten galt, einem nicht von einem Verteidiger vertretenen Beschuldigten ein Pflichtverteidiger zu bestellen gewesen.

Zutreffend weist das Landgericht auch den vom Amtsgericht formulierten Einwand zurück, dass noch weitere Beweismittel zur Verfügung standen. Es lässt sich nämlich nicht leugnen, dass mit der Beantwortung der sich aufdrängenden Rechtsfrage im Zusammenhang mit einem Beweisverwertungsverbot eine entscheidende Weichenstellung für die einzuschlagende Verteidigungsstrategie verbunden ist.

## V. Fazit

Kommen Beweisverwertungsverbote ernsthaft in Betracht, ist die Rechtslage schwierig, weshalb einem Beschuldigten, der bislang noch keinen Verteidiger hat, nach § 141 StPO ein Pflichtverteidiger zu bestellen ist. Dieses Ergebnis leuchtet unmittelbar ein, was den Verdacht bestärkt, dass die bisher zu beobachtende Tendenz, Beiordnungen in solchen Fällen abzulehnen, in manchen Fällen auch etwas mit dem eingangs beschriebenen problematischen Verhältnis zwischen Justiz und Strafverteidigung zu tun hat.

Prof. Dr. Holm Putzke, LL.M., Passau/Wiesbaden

---

und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum 70. Geburtstag am 14.2.2008, 2008, S. 871 ff.

<sup>16</sup> Siehe nur *Schlüchter* (Fn. 6), Rn. 398.

<sup>17</sup> *Schlüchter* (Fn. 6), Rn. 398.

<sup>18</sup> Zu den Einschränkungen (Kenntnis des Schweigerechts, Zustimmung der Verwertung durch den Verteidiger oder fehlender Widerspruch etc.) *Beulke*, Strafprozessrecht, 13. Aufl. 2016, Rn. 117; zur Problematik und Notwendigkeit einer „qualifizierten Belehrung“ siehe etwa *Heger*, Strafprozessrecht, 2013, Rn. 256; *Volk/Engländer*, Grundkurs StPO, 8. Aufl. 2013, § 9 Rn. 11.

<sup>19</sup> Ähnlich LG Köln StV 2017, 173 = BeckRS 2016, 16493 im Zusammenhang mit zweifelhafter Annahme von Gefahr im Verzug bei einer Wohnungsdurchsuchung. Zum Aspekt eines hypothetisch rechtmäßigen Alternativverhaltens der Ermittlungsbehörden bei gröblicher Missachtung des in § 105 Abs. 1 StPO normierten Richtervorbehalts überzeugend OLG Düsseldorf NStZ 2017, 177.

<sup>20</sup> *Thomas/Kämpfer*, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 1, 2014, § 140 Rn. 44; dahingehend auch OLG Brandenburg NJW 2009, 1287; *Wohlers*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer

---

Kommentar zur Strafprozessordnung, GVG und EMRK, 5. Aufl. 2016, § 140 Rn. 43.