

Das Recht auf wirksamen anwaltlichen Beistand im Strafverfahren

JAIME CAMPANER MUÑOZ

Vorwort

Mariana Sacher | Maximilian Müller

Übersetzung

Jana Pia Ruckgaber | Diego Cuarezma Zapata



editorial
COMARES

**DAS RECHT AUF WIRKSAMEN
ANWÄLTlichen BEISTAND IM
STRAFVERFAHREN**

Jaime Campaner Muñoz
Professor für Verfahrensrecht¹
Rechtsanwalt²

Vorwort für die deutsche Auflage von
Mariana Sacher und Maximilian Müller

Vorwort für die spanische Auflage von
Fernando Gascón Inchausti

Übersetzung
Jana Pia Ruckgaber | Diego Cuarezma Zapata

Diese Monografie ist Teil des Forschungs- und Entwicklungsprojekts mit der Referenz PID2023-152074NB-I00, welchen den Titel STRAFVERFAHREN UND FREIHEITSRAUM, SICHERHEIT UND GERECHTIGKEIT: GARANTIEN, GRENZÜBERSCHREITENDE ZUSAMMENARBEIT UND DIGITALISIERUNG (Proceso penal y espacio de libertad, seguridad y justicia: garantías, cooperación transfronteriza y digitalización, Valladolid, Spanien) hat. Die leitenden Forscherinnen des Projektes sind die Professorinnen ARANGÜENA FANEGO und DE HOYOS SANCHO, und die Finanzierung kam von Seiten des Ministeriums für Wissenschaft, Innovation und Universitäten.

1 Universidad de las Islas Baleares, Spanien.

2 Spanien

Akademischer und Verwaltungsrat

Rektor: *Sergio J. Cuarezma Terán* (Nicaragua)

Allgemeiner Vizerektor: *Edwin R. Castro Rivera* (Nicaragua)

Generalsekretär: *José Coronel De Trinidad* (Nicaragua)

Vizerektorin für Akademische Angelegenheiten: *Xuria E. Rodríguez Montenegro* (Nicaragua)

Vizerektor für Forschung: *Gustavo A. Arocena* (Argentinien)

Vizerektor für Internationale Beziehungen: *Manuel Vidaurri Aréchiga* (Mexiko)

Vizerektor für Finanz- und Verwaltungsangelegenheiten: *Sergio J. Cuarezma Zapata* (Nicaragua)

Redaktionsteam

Autor : Jaime Campaner Muñoz
Übersetzung : Jana Pia Ruckgaber
Redaktionelle Koordination : Alicia Casco Guido
Innengestaltung : Alicia Casco Guido
Umschlaggestaltung : Christell Ponce Vargas

ISBN: 978-99924-21-63-1

Alle Rechte gemäß den gesetzlichen Bestimmungen vorbehalten

© INEJ, 2026

Das INEJ ist eine Hochschuleinrichtung, die durch wissenschaftliche Forschung, Weiterbildung und Postgraduiertenstudien zur menschlichen, institutionellen, sozialen und wirtschaftlichen Entwicklung der nicaraguanischen Nation und der Region beiträgt. Es wurde durch das Gesetz Nr. 604/2006 gegründet, das am 26. Oktober 2006 verabschiedet und am 24. November 2006 im Amtsblatt La Gaceta, Nr. 229, Republik Nicaragua, veröffentlicht wurde. Es ist beim Nationalen Rat der Rektoren (CNR) in Nicaragua registriert, eingetragen und akkreditiert und aktives Mitglied der Zentralamerikanischen Akkreditierungsagentur für Postgraduiertenstudien (ACAP) in Tegucigalpa, Honduras.

www.inej.net
info@inej.net

Meiner Familie dafür, dass sie meine Abwesenheit tolerierten; meinem Team (Germán, Guillermo und Irene) dafür, dass sie mich zeitweise vertraten, damit ich mich diesem Projekt widmen konnte; Rosa (unserer brandneuen “Junior”-Juristin) für ihre ständige Unterstützung; Marilén dafür, dass sie mir das Leben leichter machte; meinen Angeklagten für ihre Anerkennung und ihr Verständnis; Isabel Tapia dafür, dass sie mich mit ihrer Zuneigung an der Universität hielt; Fernando Gascón für seine stets weise Führung und Meinung; und schließlich all den (zweifellos wirksamen) Juristen, die mir aus sehr unterschiedlichen und weit entfernten Städten halfen, meine Kriterien zu bilden und mit Perspektive zu verstehen, dass die Unwirksamkeit des anwaltlichen Beistandes ein globales Problem ist, das über die Grenzen des Königreichs Spanien hinausgeht, und dass einige Staaten von den Regelungen und Erfahrungen anderer lernen können.

Diese Monografie stellt einen wesentlichen Teil des unveröffentlichten Forschungsprojekts dar, das ich am vergangenen 13. November 2024 an der Juristischen Fakultät der Universität der Balearen als zweite Prüfung des Auswahlverfahrens für den Zugang zum Kollegium der Universitätsprofessoren vor einer öffentlich ausgelosten Auswahlkommission verteidigt habe. Diese setzte sich aus den Professoren Francisco López Simó (Präsident), Isusko Ordeñana Guezuraga (Sekretär) und Alicia Bernardo San José (Beisitzerin) zusammen. Ihnen allen gilt mein aufrichtiger Dank für Ihre Kommentare, die in dieser Veröffentlichung berücksichtigt wurden. Das Projekt wurde von der genannten Kommission mit der höchsten Bewertung versehen.

INHALTSVERZEICHNIS

Vorwort zur deutschen Edition	9
Vorwort	15
I. Drei Fälle zum Reflektieren.....	25
1.1. Erster Fall	25
1.2. Zweiter Fall.....	26
1.3. Dritter Fall.....	27
1.4. Schwerpunkt und Ansatz.....	28
II. Das Recht auf einen anwaltlichen Beistand	31
2.1. Konzept.....	31
2.2. Regelung.....	33
2.3. Entwicklung der Rechtsprechung.....	38
III. Die Wirksamkeit des anwaltlichen Beistands	48
3.1. Ein Tabuthema.....	48
3.2. Blick auf die Vereinigten Staaten von Amerika: der Strickland-Standard	73
3.3. Stricklands Ausladung vor den spanischen Gerichten	80
3.4. Eine vergleichende Teilschlussfolgerung.....	94
3.5. Ein kurzer Einblick in die Ausnahmen der Rechtsvergleichung.....	99
3.6. Eine Reflexion aus vergleichender Perspektive.....	126
3.7. Die Aufsichtspflicht der Justizbehörden: das falsche Dilemma zwischen Pflichtverteidiger und Privatverteidiger	130

3.8. Die prozessuale Folge der Feststellung eines unwirksamen anwaltlichen Beistands	150
IV. Die Verteidigung als Hauptursache für unwirksamen anwaltlichen Beistand	186
V. Schlussfolgerungen.....	220
VI. Literaturverzeichnis	230
VII. Rechtsprechung	239

VORWORT ZUR DEUTSCHEN EDITION

Das vorliegende Werk des in forensischer wie in wissenschaftlicher Hinsicht geschätzten Kollegen Jaime Campaner Muñoz erscheint in einer Zeit, in der das Strafverfahren sich in einem Spannungsfeld zwischen der unverzichtbaren Verpflichtung zur Wahrung fundamentaler Verfahrensrechte einerseits und dem Streben nach Effizienz andererseits befindet – letzteres ist in Deutschland aktuell greifbar durch die im Herbst 2025 installierte StPO-Reformkommission, deren Fokus auf Verfahrensbeschleunigung und effektiver Strafverfolgung liegen soll. Gerade jetzt gewinnt daher tatsächlich wirksamer anwaltlicher Beistand an Aktualität –in Spanien ebenso wie in Deutschland, in Europa und weltweit. Die einstmals kaum vorstellbaren Angriffe, der sich gerade die Anwaltschaft in den USA durch die eigene Regierung derzeit ausgesetzt sieht, sei an dieser Stelle nur erwähnt.

Campaner Muñoz verbindet in dieser Monografie auf außergewöhnliche Weise zwei Perspektiven, die im juristischen Diskurs allzu oft getrennt behandelt werden: die des Wissenschaftlers und die des praktizierenden Strafverteidigers. Diese doppelte Verankerung verleiht dem Werk eine besondere Authentizität. Es handelt sich nicht um eine theoretische Abhandlung über Verteidigungsrechte, sondern um eine fundierte Analyse der Frage, die sich in der Praxis tagtäglich stellt: Wann

ist anwaltlicher Beistand nicht nur vorhanden, sondern tatsächlich wirksam?

Für den deutschen Leser ist dieses Buch in mehrfacher Hinsicht von besonderem Interesse. Zum einen zeigt es, wie ähnlich die Grundfragen sind, mit denen sich unterschiedliche Strafverfahrensordnungen konfrontiert sehen. Die Diskussion um Mindeststandards anwaltlicher Verteidigung, um das Vorhandensein der erwünschten Verfahrensbalance zwischen den verschiedenen Prozessrollen, um die Rolle der Gerichte bei der Sicherung effektiver Verteidigung sowie um die Grenzen bloß formaler Rechtsgewährung ist dem deutschen Strafprozessrecht keineswegs fremd. Zum anderen beschränkt sich der Beitrag nicht auf das geltende spanische Recht. Der konsequente rechtsvergleichende Ansatz des Autors eröffnet einen Blick über die nationalen Grenzen hinaus. Eine reiche Kasuistik aus unterschiedlichen Rechtsordnungen – darunter neben Spanien insbesondere die Vereinigten Staaten von Amerika, Italien, Dänemark, Österreich, die Schweiz sowie England und Wales – veranschaulicht dabei nicht nur die Erscheinungsformen unwirksamen anwaltlichen Beistands, sondern auch die rechtlichen Konsequenzen, die sich daraus ergeben können und müssen. Dabei vertieft das Werk die Problematik unwirksamer Verteidigung anhand konkreter Verfahrenssituationen, etwa bei der Einlegung von Rechtsmitteln wie der Revision oder im Auslieferungsverfahren bei Fragen der ordnungsgemäßen Information über den Haftbefehl und Verfahrensbeteiligung inhaftierter Beschuldigter. Es wird deutlich, dass die Problematik unwirksamen anwaltlichen Beistands kein randständiges oder lokales Phänomen ist, sondern ein strukturelles Thema moderner Strafrechtspflege.

Ein zentraler Grundpfeiler wirksamer Verteidigung liegt – wie der Autor überzeugend darlegt – strukturell in der Qualität anwaltlicher Aus- und Fortbildung. Wer wirksame Verteidigung sicherstellen will, braucht nicht nur formale Qualifikationen, sondern fachliche Kompetenz, praktische Erfahrung und die Fähigkeit, rechtliche Entwicklungen sicher einzuordnen. Die Fragen der juristischen Ausbildung, der praktischen Befähigung, der Qualitätssicherung und der kontinuierlichen Fortbildung ziehen sich wie ein roter Faden durch die Untersuchung. Sie verdeutlichen, dass die Sicherung anwaltlicher Qualität keine individuelle, sondern eine strukturelle Aufgabe des Rechtsstaats ist. Aus deutscher Sicht lässt sich diese Analyse hilfreich bei der Erörterung weiterer aktueller Streitfragen im Rahmen des juristischen Studiums darstellen, namentlich zum Staatexamen versus Bachelor-Abschluss sowie zur Rolle von KI in der juristischen Ausbildung und Praxis. Das Buch liefert damit grundlegende Bausteine für die Behandlung weiterer Einzelfragen.

Besonders hervorzuheben ist der Mut des Autors, ein Thema aufzugreifen, das in der juristischen Praxis häufig mit Zurückhaltung behandelt wird. Die bloße Anwesenheit eines Verteidigers genügt nicht, um den verfassungs- und menschenrechtlichen Anforderungen an ein faires Verfahren gerecht zu werden. Es bedarf vielmehr einer tatsächlich wirksamen Verteidigung. In der Regel wird die Qualität anwaltlicher Arbeit nur selten offen problematisiert, obwohl sie für die Legitimität des Strafverfahrens von zentraler Bedeutung ist. Campaner Muñoz geht es dabei ausdrücklich nicht um eine pauschale Kritik an der Anwaltschaft oder um nachträgliche Schuldzuweisungen, sondern um die Entwicklung nachvollziehbarer Kriterien, anhand derer wirksame und unwirksame Verteidigung voneinander

unterschieden werden können – sowie um die Frage nach den verfahrensrechtlichen Konsequenzen einer festgestellten Unwirksamkeit.

Besondere Aufmerksamkeit verdient auch die Auseinandersetzung mit der Rolle der Gerichte. Campaner Muñoz analysiert differenziert die schwierige Abwägung zwischen einer notwendigen richterlichen Kontrolle zur Sicherung einer wirksamen Verteidigung einerseits und der gebotenen Zurückhaltung gegenüber der autonomen Verteidigungsstrategie andererseits. Dabei wird auch die Frage erörtert, inwieweit Gerichte eine Überwachungspflicht trifft – und wo die Grenze zur unzulässigen Einmischung verläuft. Diese Überlegungen gelten ausdrücklich sowohl für die Pflicht- als auch für die Wahlverteidigung.

Anregend und zugleich provokant ist die Analyse der Verständigung im Strafverfahren als potenzieller Risikofaktor für unwirksamen anwaltlichen Beistand. Der Autor plädiert für eine verstärkte richterliche Kontrolle der belastenden Beweise vor Abschluss einer Verständigung und setzt sich kritisch mit verschiedenen Modellen der Verfahrensherrschaft auseinander. Im deutschen Strafverfahrensmodell der Amtsaufklärungspflicht verlangt der Gesetzgeber, dass die Pflicht des Gerichts zur Erforschung der Wahrheit und damit zur Überprüfung ausreichender belastender Beweise bei einer Verständigung unberührt bleibt. Damit ist die von Campaner Muñoz geforderte richterliche Kontrolle der Beweise hier zumindest gesetzlich verankert und von der Rechtsprechung umzusetzen. Anders verhält es sich in Rechtsordnungen, in denen keine echte richterliche Kontrolle des Inhalts von Absprachen vorgesehen ist. In solchen Systemen, insbesondere in der Konzeption des adversatorischen Parteisystems, wird der

Verteidigung allein eine erhöhte Verantwortung für die Herstellung der Verfahrensbalance aufgebürdet.

Dieses Ungleichgewicht verschärft sich durch Initiierung und Führung von Absprachen, die weltweit primär von den Parteien und ohne den Richter getroffen werden. Im Gegensatz dazu ist das Gericht als Verständigungspartner im deutschen Rechtssystem ein weltweit einzigartiges Modell. Zwar ist das Gericht in Deutschland mit Blick auf seine Neutralität besonderen Spannungen ausgesetzt; gleichwohl spricht vieles für die von Campaner Muñoz hervorgehobene Erforderlichkeit einer richterlichen Kontrolle in Fällen unwirksamer Verteidigung.

Gerade dieser breite und zugleich tiefgehende Zugriff macht das Werk für Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte sowie Verteidigerinnen und Verteidiger gleichermaßen wertvoll. Es fordert dazu auf, die eigene Rolle im Strafverfahren zu reflektieren und das Verteidigungsrecht nicht als bloße formale Voraussetzung, sondern als lebendigen Bestandteil eines fairen Verfahrens zu begreifen. Auch für Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler ist das Buch von hohem Interesse. Darüber hinaus können die rechtsvergleichenden Überlegungen den deutschen Gesetzgeber auf rechtspolitische Optionen aufmerksam machen.

Dass dieses Werk nun in deutscher Sprache vorliegt, verstehen wir als Einladung zum Dialog. Die hier entwickelten Gedanken lassen sich äußerst fruchtbar auf den deutschen Kontext übertragen. Wir sind überzeugt, dass diese Monografie einen wichtigen Beitrag zur Diskussion über die Qualität strafrechtlicher Verteidigung leisten wird – und dass sie sowohl in der Wissenschaft als auch in der Praxis aufmerksame

Leserinnen und Leser finden wird. Wir wünschen diesem Buch eine breite Rezeption und hoffen, dass es dazu beiträgt, das Bewusstsein für die Bedeutung eines tatsächlich wirksamen anwaltlichen Beistands weiter zu schärfen.

München, 23. Januar 2026

PD Dr. Mariana Sacher, LL.M.

Maximilian Müller, LL.M.

VORWORT

1. In den letzten Jahren wird die Haltung, die die öffentlichen Behörden für alle Angelegenheiten im Zusammenhang mit der Justiz vorsehen oder vorschlagen, immer mit Wirksamkeit in Verbindung gebracht. Dieses “magische” Wort taucht immer wieder in den Titeln und Präambeln der in unserem Land verabschiedeten Gesetze auf und ist eine Konstante in den Reden der Beamten und auf den Plakaten der Konferenzen, Kongresse und Workshops, die veranstaltet werden. Das Phänomen gibt es natürlich nicht nur bei uns, sondern auch in unserer Umgebung: In Italien zum Beispiel wurde die so genannte Cartabia-Reform von 2022 durch zwei Gesetzesdekrete verwirklicht, eines *per l’efficienza del processo civile* y otro *per l’efficienza del processo penale*. Auf supranationaler Ebene sollte es genügen, daran zu erinnern, dass der Europarat seit 2002 die Europäische Kommission für die Effizienz der Justiz (CEPEJ) beherbergt. In diesen Zusammenhängen wird der Begriff Effizienz im Übrigen in der zweiten Bedeutung des Wörterbuchs der Real Academia Española verwendet, d. h. als “die Fähigkeit, die gewünschten Ergebnisse *mit den geringstmöglichen Mitteln zu erzielen*” [eigene Kursivschrift].

Das Vorherrschen dieses Ansatzes sollte niemanden überraschen, denn wir leben in Zeiten der Sparsamkeit, in denen davon ausgegangen werden muss, dass die öffentlichen Investitionen nicht die Erwartungen und möglicherweise auch nicht die Ausgaben erfüllen werden, die bisher auf diese Weise finanziert wurden. Wirksamkeit und Gerechtigkeit miteinander zu verbinden, bedeutet daher, zu erforschen, wie die

verfügbaren Mittel mit maximaler Leistung genutzt werden können, um einen maximalen Schutz der Rechte und Interessen der Rechtssuchenden zu erreichen, und um sicherzustellen, dass die Strafverfolgung zu den bestmöglichen Bedingungen erfolgt. Damit wird unweigerlich auch die Möglichkeit eröffnet, Kürzungen bei etwas zu rechtfertigen, das das Wesen der Öffentlichkeit ausmacht.

Es ist daher zu begrüßen, dass in diesem effizienzgetriebenen Kontext Stimmen, wie die von Jaime Campaner auftauchen, um uns daran zu erinnern, was wichtig ist - oder zumindest weiterhin wichtig sein sollte: Ich meine die Qualität, ein Anspruch, welches meiner Meinung nach im Begriff der Wirksamkeit enthalten sein sollte und das vielleicht absichtlich oft in den Hintergrund gerät. Kann ein System als effizient bezeichnet werden, wenn es gerade wegen der Optimierung der Ressourcen keine Qualitätsergebnisse hervorbringt? Wenn die Gerechtigkeit nicht über die Mindestqualitätsstandarte und -schwellen hinausgeht, verdient sie diesen Namen nicht.

2. Zu den Mitteln und Ressourcen, die unser Justizsystem für den Schutz der Rechte und die Entwicklung der Strafverfolgung benötigt, gehört zweifellos die Arbeit der Rechtsanwälte, die mit der Aufgabe betraut sind, denen, die Teil eines Prozesses sind, beizustehen. Genauer gesagt, im Zusammenhang mit der Strafverfolgung sind die Anwälte der Schlüssel für die Ausübung des Rechts auf Verteidigung, das denjenigen zusteht, die in den verschiedenen Stadien des Prozesses die Stellung der passiven Prozesspartei innehaben.

Diese vorrangige Rolle der Anwaltschaft wurde erst kürzlich durch die *Ley Orgánica 5/2024* vom 11. November

über das Recht auf Verteidigung offiziell bekräftigt. Die *Ley Orgánica del Derecho a la Defensa* entgeht jedoch nicht den Feinheiten und Schwierigkeiten der Sprache, wenn es um die Verwendung von Qualifizierungsmerkmalen geht: In Artikel 4.1 wird ein *angemessener* Rechtsbeistand mit einem *wirksamen* Rechtsbeistand gleichgesetzt, und Artikel 8 trägt den Titel *Recht auf einen qualitativ hochwertigen Rechtsbeistand* und bezieht sich auf die Qualität der Dienstleistung, die in der Bereitstellung von anwaltlichem Beistand oder Rechtsberatung und Prozessbegleitung besteht. Unabhängig von den verwendeten Begriffen ist klar, dass der Gesetzgeber sich nicht mit "irgendeinem Rechtsbeistand" zufriedengibt, um das Funktionieren des Systems zu legitimieren, sondern dass sie bestimmte Standards übertreffen muss, die notwendigerweise von Qualität sein müssen.

Sind ein *angemessener* anwaltlicher Beistand, *wirksamer* anwaltlicher Beistand und *hochwertiger* anwaltlicher Beistand dasselbe? Das ist schwer zu sagen, denn die drei Begriffe, um die es geht – Angemessenheit, Wirksamkeit und Qualität – sind ungenau und bewegen sich auf teilweise unterschiedlichen Ebenen. Jeder anwaltliche Beistand sollte – *abstrakt gesehen* – angemessen sein, um den mit ihrem verfolgten Zweck zu erreichen, nämlich die Verteidigung; in diesem Falle des Verletzten in einem Strafverfahren. Die Wirksamkeit des anwaltlichen Beistandes kann ihrerseits nur in jedem Einzelfall gemessen werden, wobei die vom Strafverteidiger geleistete Arbeit zur Bewältigung der ihm auferlegten Belastungen zu berücksichtigen ist. Die Qualität verpflichtet schließlich dazu, die vom Anwalt erbrachten Dienst innewohnenden Eigenschaften in den Blick zu nehmen, die es ermöglichen, seinen Wert – in der Regel im positiven Sinne – zu beurteilen. Wir betrachten also die Art und Weise, wie die Dienstleistung erbracht wird,

ohne notwendigerweise an das Ergebnis zu denken – obwohl ein gutes Ergebnis, ob es uns gefällt oder nicht, oft als deutlicher Hinweis auf die Qualität der erhaltenen Dienstleistung angesehen wird.

Angesichts dieser Vielfalt an Begriffen und Ansätzen hat sich Jaime Campaner Muñoz für die Wirksamkeit entschieden, weshalb er diesem Werk den Titel *El derecho a una asistencia letrada eficaz en el proceso penal* (Das Recht auf einen wirksamen anwaltlichen Beistand im Strafverfahren) gegeben hat. Das ist eine gültige Wahl, denn entscheidend ist – unabhängig von der Terminologie – der Ausschnitt der Realität, auf den sich die Untersuchung richtet. Und selbstverständlich liegt dieser Arbeit eine Sorge um das wirklich Wesentliche zugrunde: dass jeder Anwalt, in jedem konkreten Fall, unabhängig davon, ob er als Pflichtverteidiger beigeordnet wurde oder nicht, gute Arbeit leistet. Wie definiert man gute Arbeit, insbesondere wenn es um Strafverteidigung geht? Dies ist das Leitmotiv des Buches, das der Leser in den Händen hält.

3. Selbstverständlich werde ich an dieser Stelle nicht verraten, welche Auffassung der Autor vertritt (ich werde also keinen *Spoiler* liefern, wie man heute zu sagen pflegt), doch kann ich mir nicht verkneifen, kurz darauf hinzuweisen, welche Punkte aus meiner Sicht den Schlüssel dafür bilden sollten, den nächsten Schritt zu gehen: nämlich nicht nur das Grundrecht auf anwaltlichen Beistand anzuerkennen, sondern auf wirksamen anwaltlichen Beistand – ein mehr als wünschenswerter Fortschritt.

a) An erster Stelle steht natürlich der Anwalt an sich als offensichtlicher Einflussfaktor, der auf zwei verschiedenen Ebenen wirkt. Zunächst müssen wir die Relevanz jedes einzelnen Anwalts anerkennen:

Anwälte sind nicht ersetzbar, so sehr wir auch darauf bestehen mögen, dass sie in Zukunft durch Systeme der künstlichen Intelligenz ersetzt werden; und ihre Singularität bestimmen zweifellos die Art und Weise, in der sie ihre Dienstleistungen erbringen. Was uns jedoch auf allgemeiner Ebene beschäftigen muss, sind die institutionellen Garantien, von denen es abhängt, dass bestimmte Mindestqualitätsstandards von allen Anwälten erwartet werden können. Diese Garantien müssen meines Erachtens auf mindestens drei Ebenen gelten: (i) die akademische Erstausbildung – reichen die Lehrpläne der Universitäten aus, um zu gewährleisten, dass die künftigen Anwälte Kenntnisse und Fähigkeiten erwerben, die die spätere Erbringung einer angemessenen professionellen Dienstleistung sicherstellen? –; (ii) die spezifischen Filter für den Zugang zum Anwaltsberuf. Ist die derzeitige Aufnahmeprüfung, wie sie in unserem Land durchgeführt wird, ausreichend und beispielsweise mit der MIR-Prüfung im Bereich der Medizin vergleichbar? Ist es vernünftig, dass jeder Anwalt ein Rechtsmittel der Revision (*casación*) einlegen kann, wie es in vielen Ländern um uns herum der Fall ist?; und (iii) die permanente Weiterbildung. Wäre es ratsam, einem Modell wie dem Dänischen zu folgen, das, wie Jaime Campaner erläutert, in diesem Punkt sehr hohe Anforderungen an die Anwälte stellt?

b) Zweitens muss die Art und Weise berücksichtigt werden, wie jeder Anwalt seine Arbeit in jedem einzelnen Fall ausführt. Es liegt auf der Hand, dass ein hypothetisches Grundrecht auf wirksamen anwaltlichen Beistand nicht das Recht auf erfolgreichen anwaltlichen Beistand impliziert; in diesem spezifischen Bereich der Dienstleistungserbringung – wie in so vielen anderen – kann man eher von einer Mittel-, nicht aber von einer Ergebnispflicht sprechen. Die Art und Weise, in der der

Rechtsanwalt den anwaltlichen Beistand zu erbringen hat, kann wiederum unter zwei verschiedenen, aber eindeutig komplementären Gesichtspunkten betrachtet werden: (i) Es gibt natürlich den Mindeststandard dessen, *was nicht zu tun ist*: Es ist nicht hinnehmbar, sich auf mangelnde Praxis und grobe Fahrlässigkeit einzulassen, die den verfassungsrechtlichen Sinn der Strafverteidigung untergraben. Aus dieser Perspektive des Unzulässigen hat der Oberste Gerichtshof der USA, wie Jaime Campaner darlegt, die so genannte *Strickland-Doktrin* entwickelt, die auch in die Rechtsprechung der Zweiten Kammer unseres Obersten Gerichtshofs zu dieser Materie eingeflossen ist. (ii) Die Einhaltung der obigen Ausführungen scheint mir jedoch nicht mit dem Begriff der Wirksamkeit (oder Mindestqualität) vereinbar zu sein: Einfach ausgedrückt, kann nicht jeder, der nicht ernsthaft inkompetent ist, als wirksam bezeichnet werden, es sei denn, wir werten den Begriff der Wirksamkeit ab oder definieren ihn neu. Die Beschuldigten, insbesondere wenn sie Verletzte eines Strafverfahrens sind, und erst recht, wenn sie schutzbedürftig sind, müssen eine berechtigte Erwartung an die Arbeit, *die ihr Anwalt tun sollte*. Ich wage es noch einmal im Klartext zusammenzufassen: *ihren Fall ernst zu nehmen*, mit allen Konsequenzen, die dies mit sich bringt.

c) *Last, but not least*, ein mögliches Grundrecht auf wirksamen anwaltlichen Beistand setzt voraus, dass die Arbeit des Anwalts in einem angemessenen institutionellen Rahmen erfolgt. Auch hier erlaube ich es mir, auf zwei verschiedene Elemente hinzuweisen, die sich gegenseitig ergänzen und miteinander verknüpft sind: (i) Es ist nicht einfach, vom Anwalt eine effiziente Strafverteidigung zu verlangen, wenn die auf den jeweiligen Fall anzuwendende Rechtsordnung (das materielle Strafrecht und die Rechtsprechung, die zu seiner Anwendung durch die Gerichte geführt hat) und/

oder die für das Verfahren maßgeblichen Regelungen nicht den elementarsten Anforderungen der *lex scripta*, *lex praevia* und *lex certa* entsprechen. Wir sollten zugestehen, dass es für einen Strafverteidiger nicht immer einfach ist, mit einer Strafprozessordnung (*Ley de Enjuiciamiento Criminal*, kurz: *LECrim*), wie wir sie haben, zurechtzukommen. Erst recht nicht in Zeiten, die Professor Dopico Gómez-Aller mit großer Schärfe als *Copy-Paste-Rechtsprechung* bezeichnet hat. (ii) Einen großen Einfluss hat auch die Art und Weise, wie die anderen Protagonisten des Strafverfahrens ihre eigenen Funktionen ausüben: Obwohl dies nicht der Fall sein sollte, ist es einfacher, eine wirksame Verteidigung zu entwickeln, wenn der Ermittlungsrichter, der Vertreter der Staatsanwaltschaft oder Vorsitzender des Prozessgerichts sich nicht, um es euphemistisch auszudrücken, „in den Bereich des Unberechenbaren“ begeben.

4. In diesem letzten Bereich des Kontextes kollidiert meines Erachtens die Qualität am deutlichsten mit der Wirksamkeit. Inwieweit bedingt ein institutioneller Kontext, der vom Streben nach Wirksamkeit beherrscht wird, die Qualität und/oder Wirksamkeit der Strafverteidigung? Es ist schwierig, sich an dieser Stelle der Intuition zu entziehen, aber ich habe den Eindruck, dass ein auf Wirksamkeit ausgerichtetes System, in dem mit wenigen Mitteln viele Ergebnisse erzielt werden sollen, nicht der fruchtbarste Boden dafür ist. Wenn Richter, Staatsanwälte und Gerichtsbehörden unter Druck stehen und dauerhaft überlastet sind, wird es schwieriger, eine gute Verteidigungsarbeit zu leisten. Selbstverständlich gehört es zum professionellen Handeln des Anwalts, sich den Umständen anzupassen: So ist es etwa keine gute Praxis, einen einstündigen Vortrag vorzubereiten, wenn von vornherein klar ist, dass für die Schlussplädoyers

in einer Strafverhandlung lediglich fünfzehn Minuten zur Verfügung stehen. Und natürlich kann es sinnvoll sein, dass die Schlussplädoyers zeitlich begrenzt sind. Das hängt zweifellos von den Umständen des jeweiligen Falles ab. Aber wir können nicht leugnen, dass es in einem kostengünstigen Justizmodell schwieriger ist, qualitativ hochwertige Ergebnisse zu erzielen. Ein weiteres Beispiel ist das kürzlich veröffentlichte *Ley Orgánica* über Maßnahmen zur Wirksamkeit des öffentlichen Justizdienstes, das eindeutig auf die strafrechtliche Verständigung (*conformidad*) als effizienzsteigerndes Instrument setzt: Die strafrechtlichen Grenzen entfallen, und ihre mögliche Durchführung wird zu einem der Hauptinhalte der neuen Anhörung, die zum neuen Teil des verkürzten Strafverfahrens wird. An dieser Stelle möchte ich den Leser auf die Seiten verweisen, die Jaime Campaner diesem Thema widmet, und zwar unter einem sehr aussagekräftigen Titel: "Die Verständigung als Hauptursache für unwirksamen anwaltlichen Beistand."

5. Diese und viele andere Themen bilden die Grundlage der hervorragenden Monografie, die der Leser in Händen hält. Allein die Lektüre des Inhaltsverzeichnisses reicht aus, um eine Vorstellung davon zu bekommen, worum es geht, in direkter, klarer und konkreter Weise. Mit einem stark vergleichenden Ansatz analysiert Jaime Campaner rigoros den wesentlichen Inhalt des Rechts auf anwaltlichen Beistand und die Elemente, die seiner Meinung nach berücksichtigt werden müssen, um seine Wirksamkeit - und meiner Meinung nach auch seine Qualität - zu bestimmen. Der Autor macht zudem Vorschläge zu den Abhilfemaßnahmen, die im Falle einer unwirksamen Verteidigung zur Verfügung stehen. Dies ist zweifellos eine der schwierigsten Fragen, die auf allgemeiner Ebene zu lösen sind, aber es ist notwendig, über allgemeine konzeptuelle Schemas und Rahmen

zu verfügen, um in der Lage zu sein, die angemessene Lösung je nach den Umständen des Einzelfalls zu finden. Dies tut Professor Campaner mit aller Strenge und Sorgfalt, auch in Bezug auf dieses Thema.

Die Qualität dieses Werkes steht in direktem Verhältnis zu der des Autors. Jaime Campaner ist Professor für Verfahrensrecht an der Universität der Balearen und praktizierender Rechtsanwalt, der sich auf Strafangelegenheiten spezialisiert hat. Seine hervorragende Arbeit als Anwalt ist eine offenkundige Tatsache, die sich zweifellos auf seine ausgezeichnete akademische Arbeit auswirkt, sowohl auf der Ebene der Doktrin - der Kontakt mit der Praxis bereichert die Doktrin des Rechts, insbesondere des Verfahrensrechts - als auch auf der Ebene der Forschung. Es ist charakteristisch für Jaime Campaner, dass er seine Forschungsarbeit auf sehr schwierige, aber gleichzeitig auch sehr praxisrelevante Themen konzentriert, wobei er stets die Garantien der Ermittelten und Beschuldigten im Blick hat. Dieses Buch ist ein guter Beweis dafür. Ich hege auch nicht den geringsten Zweifel daran, dass der akademische Status von Jaime Campaner zu einem großen Teil für seine Qualität als Anwalt verantwortlich ist: da es sich um dieselbe Person handelt, kann es keine Trennungen geben.

Ich bin daher sicher, dass der Leser dieses Buch genießen und daraus lernen wird. Es vereint Information, Analyse, Kritik und Vorschläge auf höchstem Niveau. Über das individuelle *Leseerlebnis* hinaus bin ich auch zuversichtlich, dass seine Veröffentlichung Debatten und Diskussionen in der Wissenschaft und in der Rechtsprechung auslösen wird. Diese werden dazu beitragen, den Wert guter Anwälte zu stärken, hohe berufliche Standards zu konsolidieren und Türen

zu öffnen, um den Schaden, der zu Unrecht durch unwirksamen anwaltlichen Beistand entstanden ist, angemessen zu beheben.

In Madrid, am 3. Januar 2025

Fernando Gascón Inchausti
Professor für Verfahrensrecht,
Universität Complutense Madrid

I.- Drei Fälle zum Reflektieren

1.1.- ERSTER FALL

Ezequiel wird von der Antikorruptionsstaatsanwaltschaft einer Gruppe von Straftaten gegen die öffentliche Verwaltung beschuldigt, deren gemeinsamer Nenner in der atypischen Art der Sachverhaltsdarstellung liegt. Diese wird in der ersten Schlussfolgerung der Staatsanwaltschaft dargelegt. Seiner Ehefrau wird in völlig unbegründeter Weise der Geldwäsche vorgeworfen, wobei die Vortaten, aus denen die Gewinne stammen sollen, die vorgenannten Straftaten gegen die öffentliche Verwaltung sind.

Es gibt noch neun weitere Angeklagte, die Minuten vor der Hauptverhandlung eine Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von nicht mehr als zwei Jahren, sowie einige Geldstrafen und Berufsverbotsstrafen akzeptieren, um eine Haftstrafe zu vermeiden. Mit dem gleichen Ziel und in Unkenntnis des atypischen Sachverhalts, aber mit dem Ziel, die Strafverfolgung seiner Frau zu verhindern, beschloss Ezequiel einen Kompromiss einzugehen und eine ähnliche Strafe wie die der anderen Angeklagten zu akzeptieren, solange die Staatsanwaltschaft die Anklage gegen seine Frau zurückziehe, so dass sie freigesprochen würde. Die Entscheidung traf er auf Anraten eines Anwalts, der darauf hinwies, dass der Sachverhalt sehr schwerwiegend sei und die bloße Aussage der Mitangeklagten per se ein Beweismittel der Anklage darstelle, welche die Unschuldsvermutung zerstören könne.

Die Strafkammer der *Audiencia Nacional* (dem Oberlandesgericht gleichstellbar) bestätigte die Verständigung, ohne die Verfassungsmäßigkeit der Erlangung der Beweismittel zu prüfen (Telefonabhörung, deren Nichtigkeit seit der

Aufhebung der Verfahrensgeheimhaltung geltend gemacht wurde, da als einzig richterliche Anordnung lediglich ein schematisiertes Formular vorlag und das Ermittlungsgericht seine Entscheidung auf das Verfahren nach Art. 786 Abs. 2, der Strafprozessordnung - *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, kurz: LECrim, vertagte). Dies geschieht aufgrund des Konsenses zwischen den Parteien, der Rechtmäßigkeit der vereinbarten Strafen und des Fehlens einer spezifischen Regelung über die Kontrolle der möglichen Rechtswidrigkeit von Beweisen in Artikel 787 LECrim.

1.2.- ZWEITER FALL

Rash, ein israelischer Staatsbürger, wurde bei seiner Landung auf Ibiza von Tel Aviv aus auf der Grundlage eines von den Behörden der Bundesrepublik Deutschland ausgestellten Europäischen Haftbefehls verhaftet und dem Zentralen Ermittlungsgericht Nr. 5 der *Audiencia Nacional* zur Verfügung gestellt.

Der Richter dieses Gerichts ordnete das in Artikel 51.5 des Gesetzes 23/2014 vom 20. November über die gegenseitige Anerkennung strafrechtlicher Entscheidungen in der Europäischen Union vorgesehene Verfahren, an dem die Generalstaatsanwaltschaft und der Verhaftete, unterstützt von einem Wahlverteidiger mit Kanzlei auf Ibiza, teilnahmen, wobei die beiden letzteren per Videokonferenz durch den richterlichen Bereitschaftsgericht (*Juzgado de Guardia*) Ibiza aus zugeschaltet wurden.

Im Verlauf der Anhörung, deren Format dem von Artikel 505 LECrim sehr ähnlich ist, beschränkte sich der Verteidiger darauf, knappe Aussagen über die persönliche Situation des Gesuchten aufzustellen und seine vorläufige Entlassung zu beantragen.

Währenddessen erklärte die Staatsanwaltschaft, dass es keinen Grund gebe, seine Übergabe an die deutschen Behörden zu verweigern. Einige Tage später erließ das Zentralgericht einen Beschluss, mit dem es der Übergabe des Gesuchten zustimmte, der zwar von einem Anwalt formell unterstützt wurde, aber unbewaffnet war, da ihm weder das Vorliegen von Ablehnungsgründen noch die Notwendigkeit, diese gegebenenfalls in derselben Verhandlung vorzubringen, bekannt waren, da es keinen weiteren Verfahrenszeitpunkt gab.

1.3.- DRITTER FALL

Altamira wird einem angeblichen Schneeballsystem vorgeworfen, das nach Ansicht der Generalstaatsanwaltschaft lediglich als eine fehlgeschlagene Investition und allenfalls einen zivilrechtlichen Verstoß einschätzt, der vor den Zivilgerichten zu klären ist.

Die Nebenklägerin schlägt in ihren vorläufigen Schlussanträgen als einzig zulässiges Belastungsbeweismittel zur Widerlegung der Unschuldsvermutung die Verlesung der im Ermittlungsverfahren abgegebenen Aussage der Anzeigerstatterin –im Alter von 72 Jahren– vor und beruft sich hierzu ohne weitere Begründung auf Art. 730 LECrim. Die Staatsanwaltschaft stellt einen Antrag auf Freispruch in Aussicht, ohne Beweise vorzulegen, und die Verteidigung der Angeklagten beschränkt sich darauf, den Sachverhalt zu bestreiten, ohne die Zeugenvernehmung der Anzeigerstatterin zu beantragen und ohne den Beweisantrag der Nebenklage anzufechten, obwohl weder Gründe für die Einführung der Aussage der Klägerin über den Weg des Art. 730 LECrim vorliegen noch vorgetragen werden kann. Hinzu kommt, dass in der genannten Aussage keine Möglichkeit

der Kontradiktion bestand, da sie abgegeben wurde, bevor gegen die nunmehr Angeklagte ein Beschuldigerstatus begründet worden war.

In diesem Fall erließ das Hauptverhandlungsgericht einen Beweisaufnahmebeschluss, der die Verlesung der zusammenfassenden Erklärung der Anzeigerstatteerin zuließ.

1.4.- SCHWERPUNKT UND ANSATZ

Die zentrale Frage, um die sich diese Forschungsarbeit drehen wird, lässt sich wie folgt zusammenfassen: Wie kann ein wirksamer anwaltlicher Beistand im Hinblick auf Angemessenheit, Gleichheit und Fairness des Verfahrens gewährleistet werden, und welche verfahrenrechtlichen Konsequenzen sollten im Falle eines unwirksamen anwaltlichen Beistands gezogen werden? Eine eventuelle (zivil-, straf- oder disziplinarrechtliche¹) Haftung des Anwalts ist daher nicht Gegenstand dieser Forschung.²

- 1 Im disziplinar- und strafrechtlichen Bereich ist von besonderem Interesse die Arbeit von GUT, T., *Counsel misconduct before the International Criminal Court. Professional responsibility in international criminal defence*, Studies in International and Comparative Criminal Law, Hart Publishing, Oxford und Portland, Oregon, 2012. Was den Gegenstand meiner Forschung betrifft, kommt dieser Autor zu dem Schluss, dass aus der Praxis vor dem Internationaler Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien, der Internationale Strafgerichtshof für Ruanda und der Sondergerichtshof für Sierra Leone dieselbe Lehre gezogen werden kann: dass anwaltliches Fehlverhalten „in erheblicher Zahl vorkommt“, und dass es sich dabei meist um berufliche Fahrlässigkeit handelt (S. 49, eigene Übersetzung).
- 2 Fast mit dem Abschluss dieses Artikels wurde die Vereinbarung der Ersten Kammer des Verfassungsgerichts vom 9. September 2024 veröffentlicht, mit der das Sanktionsverfahren

Es ist keineswegs meine Absicht, eine generalisierte Überprüfung der Arbeit des Verteidigers zu fördern und damit dem unzufriedenen Rechtsuchenden nachträglich einen verlockenden Angriffspunkt zu eröffnen, der leicht dazu verleiten könnte, seinem Verteidiger die Verantwortung zuzuschieben – zumal, wenn ein

gegen den Anwalt, der die Verfassungsbeschwerde 1739-2024 unterzeichnet hatte, abgeschlossen wurde. Kurz zusammengefasst verhängte das Gericht eine Verwarnung gegen den Anwalt, weil er die Richter der Kammer und das Organ selbst schriftlich beleidigt hatte, indem er in seinem Antrag auf Verfassungsbeschwerde wörtlich Passagen aus neunzehn Urteilen des Verfassungsgerichts zitiert hatte, obwohl keines von ihnen echt war. Die Anwaltskammer von Barcelona, der der bestrafte Anwalt angehört, wurde ebenfalls aufgefordert, zu den entsprechenden disziplinarischen Zwecken zurückzugreifen. Es sei darauf hingewiesen, dass das Verfassungsgericht übersehen hat, was eigentlich die Aufmerksamkeit dieser Forschung verdienen würde: **“Der Rechtsanwalt [...] hat nicht nur die Durchführbarkeit der Klage seines Mandanten gefährdet, was im vorliegenden Fall zur Zurückweisung des Rechtsmittels geführt hat, sondern, was das vorliegende Abkommen betrifft, hat er den Richtern der Ersten Kammer, die darüber zu entscheiden haben [...], nicht den gebührenden Respekt (Art. 553 Abs. 1 LOPJ) entgegengebracht, indem er ihnen die Kenntnis einer Reihe von in Anführungszeichen gesetzten Aussagen der Verfassungsdoktrin zuschrieb, die sie als authentisch voraussetzen mussten, obwohl sie in Wirklichkeit jeder Grundlage entbehrten. Darüber hinaus führte die Verlesung dieser skurril begründeten Behauptung zu einer Störung - wie es der Anwalt selbst beschreibt - der normalen gerichtlichen Arbeit der Zweiten Sektion und später der Ersten Kammer, und zwar nicht, weil sie den Wahrheitsgehalt jedes in der Behauptung enthaltenen Zitats überprüfen mussten, was bei allen Schriftsätzen und Rechtsbehelfen stets geschieht, sondern weil sie über die Folgen einer solchen ungerechtfertigten Unregelmäßigkeit urteilen mussten, und zwar sowohl in verfahrensrechtlicher Hinsicht als auch, ausnahmsweise, in dieser Sanktionierung“** (Hervorhebung hinzugefügt).

solcher Ansatz die Hoffnung auf eine Aufhebung der gerichtlichen Entscheidung weckt.

In engerem Sinne vertrete ich die Auffassung, dass es bestimmte Mindeststandards beruflicher Kompetenz und prozessualen Handelns gibt, die der Verteidiger nicht außer Acht lassen darf, weil sie die Untergrenze markieren, unterhalb derer seine Tätigkeit den Rechtssuchenden schutzlos stellen oder ihm sogar in einer prozessual "komfortablen" Lage schaden kann, die es lediglich zu bewahren galt und die durch offensichtlich unglückliche Maßnahmen (Fragen, Beweisanträge usw.) nicht verschlechtert werden durfte.

In einem solchen Szenario leidet der Wesensgehalt des Verteidigungsrechts aus Gründen, die gerade demjenigen zuzurechnen sind, dessen Aufgabe paradoxerweise darin besteht, den Angeklagten zu verteidigen. Streng genommen ist das Recht auf anwaltlichen Beistand zwar formell oder dem äußeren Anschein nach erfüllt, materiell jedoch vom eigenen Verteidiger so stark beschnitten und verwässert worden, dass es letztlich kaum wiederzuerkennen ist.³

3 In den Worten von BEKKER, P.M., „The right to counsel at trial for a defendant in the criminal justice system of the United States of America, including the right to effective assistance of counsel”, *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, vol. 38, N. 3, 2005, S. 453-473: “Der sechste Verfassungszusatz würde aufgehoben werden, wenn nicht ein gewisses Maß an Qualität des Rechtsbeistands gewährleistet wäre. Die Frage ist hier, ob die ‚Leistung des Anwalts unter einen objektiven Standard der Angemessenheit fiel‘ und das Ergebnis des Prozesses veränderte.”

II.- Das Recht auf einen anwaltlichen Beistand

2.1.- KONZEPT

Das Recht auf anwaltlichen Beistand ist ein unumgängliches Fazit des allgemeineren Verteidigungsrechts⁴ (eines Rechts, das dem Anklagerecht entgegengesetzt ist⁵) und stellt eine der beiden Modalitäten dar (zweifellos die wichtigste), über die dieses Recht vermittelt werden kann. Zwar hat jeder das Recht sich nach Maßgabe des Gesetzgebers selbst zu verteidigen, also unmittelbar und persönlich am gegen sie geführten Strafverfahren mitzuwirken, jedoch ist die sachkundige Verteidigung, bzw. die Verteidigung durch einen vom Betroffenen frei gewählten Anwalt⁶ (Wahlverteidigung) die einzige Möglichkeit, die die Verfahrensfairness und damit eine echte prozessuale Waffengleichheit sicherzustellen vermag. Sie fungiert als prozessualer *Alter Ego* des Beschuldigten,⁷ ausgestattet mit juristischer Expertise und prozessualen Instrumenten zum Schutz seiner

4 ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho procesal penal (Decimoquinta edición)*, Marcial Pons, Madrid, 2024, S. 59.

5 MORENO CATENA, V., "Sobre el derecho de defensa: cuestiones generales", *Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico*, 8, 2010, S. 20: "das Recht des Angeklagten, sich angemessen zu verteidigen, um diese Aggression abzuwehren, die seine wichtigsten Rechtsgüter, einschließlich seiner Freiheit, in Frage stellt"

6 Ist dies nicht der Fall oder können Sie sich die Dienste eines Anwalts nicht leisten, wird Ihnen ein Pflichtverteidiger beigeordnet, wie es u.a. in Artikel 767 LECrim und Artikel 27 des Gesetzes 1/1996 vom 10. Januar über unentgeltlichen Rechtsbeistand vorgesehen ist.

7 Mit dem gelungenen Ausdruck von GIMENO SENDRA, V., in VVAA, *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Colex, Madrid, 2007, S. 494.

Grundrechte und insbesondere seiner Freiheit. Der anwaltliche Beistand bildet somit die *Quintessenz* des Verteidigungsrechts und materialisiert sich in einer Fachperson, die in der Lage ist, der Anklage sowohl prozessual als auch argumentativ entgegenzutreten.

In seinem Urteil 35/2021 vom 18. Februar betonte der Verfassungsgerichtshof, dass “sich das Recht auf Selbstverteidigung nicht erschöpft, selbst wenn es in bestimmten Fällen als Alternative zur sachkundigen Verteidigung möglich ist. Es umfasst stets einen eigenen, relativ autonomen Inhalt, der den dualen Charakter der Strafverteidigung widerspiegelt: Sie wird in aller Regel von zwei Prozesssubjekten getragen, dem Beschuldigten und seinem Verteidiger, ungeachtet der ungleichen Rolle der beiden.”

Zuvor hatten die Urteile des spanischen Verfassungsgerichts 42/1982 vom 5. Juli, 181/1994 vom 20. Juni und 29/1995 vom 6. Februar klargestellt, dass sich aus der verfassungsrechtlichen Anerkennung des Rechts auf Selbstverteidigung nicht ergibt, dass dieses die sachkundige Verteidigung in jenen Fällen ersetzen kann, in denen der Gesetzgeber sich für deren obligatorischen Charakter entschieden hat. Dies berechtigt also nicht dazu, auf die vorgeschriebene anwaltliche Verteidigung zu verzichten. Damit obliegt es dem Gesetzgeber, für jede Art von Verfahren zu bestimmen, ob die Selbstverteidigung eine ausschließende Alternative darstellt oder ob die sachkundige Verteidigung verpflichtend und jene folglich nur ergänzend ist.

Fast fünfzehn Jahre später behalten die Worte von MORENO CATENA weiterhin ihre Gültigkeit, der hervorhob, dass “unsere strafprozessuale Gesetzgebung äußerst geizig darin sei, dem Beschuldigten eine Mitwirkung im Verlauf des Verfahrens zu gestatten, da

die Geltung und die Intervention des Verteidigers - zum Nachteil der Selbstverteidigung - in außerordentlichem Maße gestärkt werde und dem Beschuldigten nicht die notwendigen Mittel an die Hand gegeben werden, um diese tatsächlich auszuüben".⁸

2.2.- REGELUNG

Auf nationaler Ebene ist das Recht auf anwaltlichen Beistand in der spanischen Verfassung (nachstehend CE) als Grundrecht verankert, das eine doppelte Bedeutung hat, je nachdem, ob es während der Untersuchungshaft (Artikel 17.3 CE) oder zu einem späteren Zeitpunkt (Artikel 24.2 CE) ausgeübt wird. Während Artikel 17.3 CE dieses Recht des Häftlings als eine der Garantien des Rechts auf Freiheit anerkennt, wird es in Artikel 24.2 CE im Rahmen des umfassenderen Rechts auf Verteidigung und als Garantie für ein ordnungsgemäßes Verfahren für den Angeklagten anerkannt (Artikel 24.1 CE).

Zudem ist das Recht auf anwaltlichen Beistand in der Strafprozessordnung (im Folgenden: LECrim) in den Artikeln 118 und 520 verankert, und enthält zudem besondere Regelungen zum abgekürzten Verfahren in den Artikeln 767 und 768 LECrim. Artikel 775 LECrim regelt seinerseits die erste Vernehmung des Beschuldigten vor dem Untersuchungsrichter und weist auf sein Verteidigungsrecht sowie die Möglichkeit hin, sich sowohl vor als auch nach seiner Aussage vertraulich mit seinem Rechtsanwalt zu besprechen, außer in dem (ausgewöhnlichen) Fall, dass Isolationshaft angeordnet

8 MORENO CATENA, V., "Sobre el derecho de defensa...", *op. cit.*, S. 27.

wurde⁹. Nach Eröffnung des Hauptverfahrens ist in Artikel 784.1 LECrim – im Einklang mit den Artikeln 542 und 543 der *Ley Orgánica* über die Justizgewalt – die Ladung des Angeklagten vorgesehen, damit er im Verfahren mit einem ihn verteidigenden Rechtsanwalt und einem ihn vertretenden Prozessbevollmächtigten erscheint.

Auf internationaler Ebene sieht Art. 14.3 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (im Folgenden: IPbPR) das Recht jeder wegen einer Straftat angeklagten Person vor, “ausreichend Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung ihrer Verteidigung zu haben und mit einem Verteidiger ihrer Wahl zu verkehren” (Absatz. b) sowie “von einem Verteidiger ihrer Wahl unterstützt zu werden” (Absatz. d). Ebenso garantiert die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (im Folgenden: GRC) die Achtung des Verteidigungsrechts jeder in einem Strafverfahren angeklagten Person (Art. 48.2), d. h. das Recht, “sich beraten, verteidigen und vertreten zu lassen” (Art. 47 II)

Der Artikel 6.3 der Europäischen Menschenrechtskonvention (im Folgenden: EMRK) sieht eine Reihe von Mindestrechten für jede einer strafbaren Handlung beschuldigte Person vor: a) das Recht, so bald wie möglich, in einer Sprache, die sie versteht, und in ausführlicher Weise über Art und Grund der gegen sie erhobenen Beschuldigung unterrichtet zu werden; b) das Recht, über ausreichende Zeit und über die notwendigen

9 Im Falle von Aussagen auf Polizeistationen war diese vorherige Befragung nicht standardisiert, bis zum Inkrafttreten der *Ley Orgánica* 13/2015 vom 5. Oktober zur Änderung des Strafprozessgesetzes zur Stärkung der Verfahrensgarantien und zur Regelung der fachlichen Ermittlungsmaßnahmen in der Praxis.

Erleichterungen zur Vorbereitung ihrer Verteidigung zu verfügen; c) das Recht, sich selbst zu verteidigen oder sich durch einen Verteidiger ihrer Wahl verteidigen zu lassen und, wenn sie nicht über ausreichende Mittel verfügt, unentgeltliche Beistellung eines Pflichtverteidigers zu erhalten, sofern dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist; d) das Recht, Belastungszeugen zu befragen oder befragen zu lassen und die Ladung sowie Vernehmung von Entlastungszeugen unter denselben Bedingungen wie die der Belastungszeugen; e) das Recht, unentgeltliche Unterstützung durch einen Dolmetscher zu erhalten, wenn sie die in der Verhandlung verwendete Sprache nicht versteht oder nicht spricht.

Auf EU-Ebene hat die Richtlinie 2013/48/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2013 über das Recht auf anwaltlichen Beistand in Strafverfahren und in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls, und über das Recht auf Unterrichtung eines Dritten zum Zeitpunkt des Freiheitsentzugs und auf Kommunikation mit Dritten und Konsularbehörden während des Freiheitsentzugs die Umsetzung der EuGVVO und insbesondere ihrer Artikel 47 und 48 gefördert und die Bestimmungen von Artikel 6 der EMRK in der Auslegung durch den EGMR weiterentwickelt.

Im Unionsrecht wurde mit der Richtlinie 2013/48/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2013 über das Recht auf Zugang zu einem anwaltlichen Beistand in Strafverfahren und in Verfahren im Zusammenhang mit dem Europäischen Haftbefehl sowie über das Recht, bei Freiheitsentzug einen Dritten zu benachrichtigen und während des Freiheitsentzugs mit Dritten sowie konsularischen Behörden zu kommunizieren die Anwendung der GRC

–insbesondere ihrer Artikel 47 und 48– gefördert und das in Art. 6 EMRK Verankerte entsprechend der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (im folgenden EGMR) weiterentwickelt.

Damit der Anwalt des Verdächtigen oder Beschuldigten die wesentlichen Aspekte der Verteidigung in der Praxis wirksam wahrnehmen kann, wird in Artikel 3 das Recht anerkannt, ohne ungerechtfertigte Verzögerung und in jedem Fall vor der Vernehmung durch eine Strafverfolgungs –oder Justizbehörde, während einer Ermittlungs– oder Beweisaufnahme, ab dem Zeitpunkt des Freiheitsentzugs und rechtzeitig vor der Anklageerhebung von einem Anwalt unterstützt zu werden.

Darüber hinaus wird der Inhalt des Rechts auf anwaltlichen Beistand spezifiziert und umfasst unter anderem: das Recht, sich vertraulich mit einem Anwalt zu besprechen und zu kommunizieren; und das Recht des Anwalts, bei der Vernehmung des Verdächtigen wirksam mitzuwirken und an den Ermittlungen und der Beweiserhebung teilzunehmen (Gegenüberstellungen und Rekonstruktionen des Sachverhalts).

Darüber hinaus wird die Vertraulichkeit der Kommunikation zwischen einer verdächtigen Person und ihrem Rechtsanwalt als unerlässlich für die wirksame Ausübung des Rechts auf anwaltlichen Beistand und als wesentlicher Bestandteil des Rechts auf ein faires Verfahren angesehen. Gemäß Artikel 4 sollen die Mitgliedstaaten daher die Vertraulichkeit von Sitzungen, Schriftverkehr, Telefongesprächen und

anderen nach innerstaatlichem Recht zulässigen Formen der Kommunikation respektieren.¹⁰

Für Personen, gegen die ein Europäischer Haftbefehl vorliegt (im Folgenden EHB), sieht Artikel 10 der oben genannten Richtlinie das Recht auf Zugang zu einem Rechtsanwalt im Vollstreckungsstaat vor, sobald die Festnahme erfolgt ist. Sie haben auch das Recht, einen Rechtsanwalt im Ausstellungsmitgliedstaat beizuordnen, dessen Aufgabe es ist, den Rechtsanwalt im Vollstreckungsstaat zu unterstützen. Um die Wirksamkeit des anwaltlichen Beistands zu gewährleisten, sollte die gesuchte Person im Ausstellungsmitgliedstaat keinen Rechtsanwalt haben, unterrichtet die Behörde des Vollstreckungsstaats die zuständige Behörde des Ausstellungsmitgliedstaats unverzüglich davon, damit sie der gesuchten Person Informationen zur Verfügung stellen kann, die die Beordnung eines Rechtsanwalts in diesem Staat erleichtern.

Diese Richtlinie erkennt den untrennbaren Zusammenhang zwischen dem Recht auf Verteidigung und dem Recht auf anwaltlichen Beistand an.¹¹ Das Recht auf anwaltlichen Beistand ist in Strafverfahren von grundlegender Bedeutung und bildet zweifellos den Grundstein für das Recht auf Verteidigung und

10 Diese Bestimmung wurde in Artikel 118.4 LECrim in der Fassung des Gesetzes 13/2015 vom 5. Oktober zur Änderung des Strafprozessgesetzes zur Stärkung der Verfahrensgarantien und zur Regelung der fachlichen Ermittlungsmaßnahmen wiedergegeben.

11 *Vid.* JIMENO BULNES, M., “La Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013 sobre asistencia letrada y comunicación en el proceso penal: ¿realidad al fin?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 6, N. 48, Madrid, Mai/August (2014), S. 467.

für das Recht auf ein Verfahren, welches alle Garantien respektiert.¹²

2.3.- ENTWICKLUNG DER RECHTSPRECHUNG

In seinem Urteil 37/1988 vom 3. März erinnerte der Verfassungsgerichtshof daran und akzeptierte, dass "der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte erklärt hat, dass Artikel 6.3 c) des Übereinkommens von Rom (zu dem wir die oben dargelegten Erwägungen zum Pakt von 1966 in Bezug auf seine Anwendung und seinen Wert gemäß Artikel 96.1 und 10.2 unserer Verfassung wiederholen) "dem Angeklagten drei Rechte garantiert: sich selbst zu verteidigen, sich mit einem anwaltlichen Beistand seiner Wahl zu verteidigen und unter bestimmten Bedingungen Prozesskostenhilfe zu erhalten" (Fall Pakelli, Urteil vom 25. April 1983), ohne dass die Entscheidung für eine dieser drei möglichen Verteidigungsformen den Verzicht oder die Unmöglichkeit der Ausübung einer der anderen bedeutet, wann immer dies erforderlich ist, um der Verteidigung in einem Strafverfahren in jedem Einzelfall eine wirksame Realität zu verleihen".

Selbst in Fällen, in denen der Angeklagte den Beistand eines Anwalts verweigert hat, hat der EGMR entschieden, dass der Staat nicht davon befreit ist, die Wirksamkeit des Rechts auf Verteidigung zu gewährleisten, wenn ein Rechtsbeistand erforderlich ist. Im Urteil des EGMR vom 25. April 1983 (Rechtssache Pakelli) vertrat der

12 *Vid.* BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., *Modelos y propuestas para el proceso penal español*, Praxis, Sevilla, 2012, S. 93, der nicht zögert zu betonen, dass „die Aussage, das Grundrecht auf Verteidigung und auf anwaltlichen Beistand ein wesentliches Element eines fairen Verfahrens sei, ist in diesem Jahrhundert überflüssig“.

Gerichtshof die Auffassung, dass der Rechtsmittelführer selbst nicht in der Lage gewesen wäre, die für eine angemessene Verteidigung erforderlichen rechtlichen Argumente vorzubringen, und dass der Staat daher einen Anwalt hätte beordnen müssen, um sein Recht auf Verteidigung zu gewährleisten. Darüber hinaus stellte der EGMR fest, dass die Wirksamkeit des Rechts auf Verteidigung auch während des Berufungsverfahrens vom Staat gewährleistet werden muss. Es handelt sich hierbei um eine gefestigte Leitlinie, die bis heute wörtlich zitiert wird (als Beispiel, siehe das bereits erwähnte STC 35/2021).

In diesem Zusammenhang gibt es eine solide verfassungsrechtliche Doktrin, die das Recht auf anwaltlichen Beistand anerkennt und bekräftigt. Es handelt sich um eine Errungenschaft des demokratischen Rechtsstaates, die vom höchsten Ausleger der Verfassung entwickelt wurde. So hat das spanische Verfassungsgericht die besondere Bedeutung des Rechts auf Prozesskostenhilfe in Strafverfahren anerkannt: “wegen der fachlichen Komplexität der dort erörterten Rechtsfragen und der Bedeutung der möglicherweise betroffenen Rechtsgüter” (STC 162/1999, vom 27. September, FJ 3).

Im ersten Urteil STC 47/1987 vom 22. April wurde erklärt, dass der anwaltliche Beistand als subjektives Recht den Zweck hat, “die wirksame Verwirklichung der Grundsätze der Gleichheit der Parteien und des kontradiktorischen Verfahrens sicherzustellen, die den Justizorganen die positive Pflicht auferlegen, Ungleichgewichte zwischen den jeweiligen Verfahrenspositionen der Parteien oder Beschränkungen der Verteidigung zu vermeiden, die eine von ihnen in eine Situation der rechtlichen Gehörsverletzung

versetzen könnten" (FJ 2).¹³ Das Verfassungsgericht hat ferner klargestellt, dass der anwaltliche Beistand eine Gewährleistung für den "ordnungsgemäßen Ablauf" des Verfahrens darstellt (STC 29/1995 vom 6. Februar, FJ 4) und eine "strukturelle Anforderung" desselben ist (STC 233/1998 vom 1. Dezember, FJ 3); welches "in den Fällen, in denen das Gesetz seine obligatorische Mitwirkung vorsieht, bezweckt er der Partei eine angemessene sachkundige Verteidigung zu gewährleisten" (STC 18/1995 vom 24. Januar, FJ 2).

Das Recht auf eine angemessene sachkundige Verteidigung ist eng mit dem Recht auf ein Verfahren mit allen Garantien verbunden (Artikel 24.2 CE). Wie bereits im Urteil 1304/2000 des Obersten Gerichtshofs vom 14. Juli festgestellt: "Die Grundzüge des spanischen Strafverfahrens sind in unserer Verfassung festgelegt (siehe insbesondere Art. 1, 9, 10, 24, 25 und 120 CE), die dem Angeklagten das Recht auf ein Verfahren mit allen Garantien anerkennt, unter denen das Recht auf Verteidigung von grundlegender Bedeutung ist, das in engem Zusammenhang mit dem Recht auf anwaltlichen Beistand steht, da unsere Rechtsordnung das Recht auf sachkundige Verteidigung durch einen professionellen Anwalt garantiert (siehe STC 216/88)".

Im Kontext der Pflichtverteidigung haben die Gerichte besonders darauf geachtet, dass ein tatsächlicher und wirksamer anwaltlicher Beistand gewährleistet ist, obwohl –wie ich später noch darlegen werde– die Gleichsetzungen *Pflichtverteidigung* = *unwirksam* und *Wahlverteidigung* = *wirksam oder kompetent* generell nicht haltbar sind. Vielmehr handelt es sich um ein Problem der

13 Im selben Sinne die SSTC 60/2003, vom 24. März, FJ 4 und 141/2005, vom 6. Juni, FJ 2.

Erfahrung und vor allem um eine spezifische Ausbildung in den zahlreichen Spezialisierungen, die heute bereits im Rahmen der Strafverfahren bestehen: angefangen bei der Jugendgerichtsbarkeit oder dem neuen Verfahren vor der Europäischen Staatsanwaltschaft, in dem die Staatsanwälte ermitteln; über besonders spezielle Verfahren wie dasjenige vor dem Geschworenengericht; bis hin zur strafrechtlichen Revision oder zu den auslieferungsrechtlichen Verfahren im weiteren Sinne (also einschließlich des Verfahrens zum Europäischen Haftbefehl), ohne dass damit ein Anspruch auf Vollständigkeit verbunden wäre.

Der Gerichtshof hat einen direkten Zusammenhang zwischen diesem Recht [auf Pflichtverteidigung] und den Grundsätzen des kontradiktorischen Verfahrens und der Waffengleichheit im Prozess hergestellt. Spezifisch in seinem Urteil 162/1993 vom 18. Mai bekräftigt der Gerichtshof die Garantien, dass „das im Art. 24 der spanischen Verfassung anerkannte Recht auf wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz die Forderung beinhaltet, dass zu keinem Zeitpunkt eine Verteidigungsunfähigkeit (*indefensión*, auch: Rechtsverweigerung) eintreten darf. Dies bedeutet, dass in jedem gerichtlichen Verfahren das Recht der widerstreitenden Parteien auf ein kontradiktorisches Verteidigungsverfahren zu wahren ist, indem ihnen die Möglichkeit gegeben wird, ihre Rechte und Interessen prozessual geltend zu machen und zu beweisen, wie wir bereits unter anderem in den Entscheidungen STC 112/1987, 251/1987, 114/1988 und 237/1988 ausgesprochen haben. Dieser Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens ist durch dasjenige der Waffengleichheit im Prozess und im Rahmen der Rechtsmittel zu ergänzen, sodass diese Möglichkeit der Behauptung und des Beweises real und wirksam ist für die erschienenen Parteien in den letztgenannten Verfahren.

Gerade der Schutz der Grundrechte und insbesondere der Grundsatz des Verbots der Rechtsverweigerung erfordern vom Gericht eine sorgfältige Anstrengung, die Verteidigungsrechte beider Parteien zu gewährleisten [STC 226/1988]. Es obliegt daher den Gerichten sicherzustellen, dass im Verfahren und im Rechtsmittel die notwendige Waffengleichheit zwischen den Parteien besteht, dass sie über identische Möglichkeiten der Behauptung und des Beweises verfügen und dass sie letztlich ihr Recht auf Verteidigung in jeder der Verfahrensphasen oder -instanzen ausüben können. Diese Pflicht verschärft sich selbstverständlich im Strafverfahren in Fällen der Pflichtverteidigung, bei verurteilten Personen in Haft und in Situationen, in denen ausschließlich die öffentliche Anklage Rechtsmittel einlegt. Wie wir in STC 112/1989 feststellten, selbst wenn eine gesetzliche Regelung fehlt, wird das Gericht –und sogar die Generalstaatsanwaltschaft– nicht davon entbunden, “über die bloße formale Einhaltung der Prozessregeln hinaus für die Wahrung des Verteidigungsrechts des Beschuldigten zu sorgen. Daher obliegt es – im Lichte des Art. 24 Abs. 2 der spanischen Verfassung, der das Recht garantiert, nicht verurteilt zu werden, ohne zuvor gehört worden zu sein und damit nicht verurteilt zu werden, ohne die Möglichkeit gehabt zu haben, sich mit anwaltlichem Beistand zu verteidigen – dem Gericht besondere Sorgfalt walten zu lassen, wenn der Angeklagte von einem Pflichtverteidiger vertreten wird. Das Gericht muss dann, selbst wenn es hierfür keine ausdrückliche gesetzliche Regelung gibt, verhindern, dass Situationen entstehen, die den Angeklagten in eine nicht von ihm zu verantwortende Lage der Verteidigungsunfähigkeit bringen.

Um die Reichweite dieses Rechts zu bestimmen, ist zudem daran zu erinnern, dass auch der EGMR in seinem Urteil vom 13. Mai 1980 (Fall Artico) festgestellt hat,

dass der Art. 6.3 c) des EMRK “das Recht verankert, sich angemessen entweder selbst oder durch einen Rechtsanwalt zu verteidigen, und dass dieses Recht durch die Pflicht des Staates verstärkt wird, in Fällen Prozesskostenhilfe zu gewähren”. Diese Pflicht ist jedoch nicht schon durch die bloße Benennung oder Beordnung eines Pflichtverteidigers erfüllt –um hier die Terminologie unserer Rechtsordnung zu verwenden–, denn Art. 6.3 c) spricht, wie der EGMR hervorhebt, nicht von einer “Beordnung”, sondern von “Beistand”, also einem Begriff, der im Übrigen mit dem Wortlaut des Art. 24.2 der spanischen Verfassung übereinstimmt. Es geht somit um den Anspruch auf einen tatsächlich wirksamen anwaltlichen Beistand, da die Prozesskostenhilfe, würde man Art. 6.3 c) formal und eng auslegen, in mehr als einem Fall Gefahr liefe, sich als bloße leere Hülse zu erweisen.”

Nach den Worten des EGMR in seinem Urteil vom 13. Mai 1980 (Fall *Artico*) bezweckt die EMRK nicht den Schutz bloß theoretischer oder illusorischer Rechte, sondern solcher, die konkret und wirksam sind. Die bloße Beordnung eines Pflichtverteidigers gewährleistet für sich allein nicht die Wirksamkeit des anwaltlichen Beistands, da ein Pflichtverteidiger sterben, schwer erkranken, dauerhaft verhindert sein oder seine Pflichten vernachlässigen kann.¹⁴ Aus diesem Grund hat der EGMR entschieden, dass “die Behörden –sobald sie hiervon Kenntnis haben– den Anwalt ersetzen oder ihn verpflichten müssen, seinen Verpflichtungen nachzukommen”. Jedenfalls ist es für das Gericht keine Option, untätig zu bleiben

14 Im gleichen Sinne siehe das Urteil EGMR im Fall *Vamvakas v. Grecia* (N. 2), von April 2015.

Folglich und im Rahmen dieses hermeneutische-realistischen Ansatzes verurteilte der EGMR im Fall Artico den beklagten Staat, denn auch wenn der Staat nicht für sämtliche Versäumnisse einer zur Prozesskostenhilfe beigeordneten Anwalts verantwortlich gemacht werden kann,¹⁵ obliegt es unter den gegebenen Umständen den Behörden jenes Staates „so zu handeln, dass dem Rechtsmittelführer die tatsächliche Ausübung des Rechts gewährleistet wird, das sie ihm selbst zuerkannt hatten“ (zitierte Urteil im Fall Artico, §§ 33 und 36; STC 37/1998 vom 3. März, FJ 6). Ebenso stellte der EGMR im Urteil im Fall Güveç gegen Türkei vom 20. Januar 2009 fest, dass “das junge Alter des Antragsteller, die Schwere der ihm zur Last gelegten Straftaten, die offensichtlich widersprüchlichen Anschuldigungen der Polizei und eines Belastungszeugen (vgl. die oben genannten Absätze 8, 18, 28 und 29), die offenkundige Unfähigkeit seines Anwalts, ihn angemessen zu vertreten, sowie dessen wiederholtes Fernbleiben von den Verhandlungen das Prozessgericht der ersten Instanz hätten veranlassen müssen, davon auszugehen, dass der Antragsteller dringend einer sachgerechten anwaltlichen Vertretung bedurfte. Ein Angeklagter hat nämlich Anspruch darauf, dass ihm das Gericht einen Pflichtverteidiger beigeordnet, “wenn es das Interesse des Rechts dies erfordert.”

Dieselbe Idee einer tatsächlichen und wirksamen – und nicht bloß formalen – Beiordnung eines Pflichtverteidigers findet sich in STC 105/1999 vom 14. Juni, FJ 3.

15 Siehe die Urteile des EGMR in den Fällen Lagerblom v. Suecia, vom 14. Januar 2003 und Czekalla v. Portugal, vom 10. Oktober 2002.

In dieselbe Richtung argumentiert ausführlich die STC 178/1991 vom 19. September, deren Wortlaut wie folgt lautet: “Dieses Gericht hat, in Bezug auf Art. 24.2 der Verfassung, die vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte zu Art. 6.3 c) EMRK entwickelte Rechtsprechung aufgenommen und weiterentwickelt. So hat jenes Gericht festgestellt, dass das vorrangige Ziel der Konvention darin besteht, „nicht theoretische oder illusorische, sondern konkrete und wirksame Rechte zu schützen“. Diese Aussage ist von besonderer Bedeutung, wenn es um das Recht auf Verteidigung geht. Gerade deshalb spricht der zitierte Art. 6.3 c) EMRK von “anwaltlichem Beistand” und nicht von einer bloßen “Beiordnung”. Garantiert wird nämlich die “Wirksamkeit” des Anspruchs auf einen Pflichtverteidiger, da dieser „sterben, schwer erkranken, dauerhaft verhindert sein oder sich seinen Pflichten entziehen kann“, und wenn die Gerichte hiervon in Kenntnis gesetzt werden, müssen “sie ihn ersetzen oder ihn zur Erfüllung seiner Pflicht anhalten”. In jedem Fall gibt es keine dritte Möglichkeit, die in bloßer “Passivität” bestünde (Fall Artico, Urteil vom 13. Mai 1980, § 33). Folglich gilt: Hat der Rechtsanwalt sein Mandat zu keinem Zeitpunkt ausgeübt und von Beginn an erklärt, hierzu nicht bereit zu sein, so ist das Gericht, das Grundrechte schützt, „nicht dazu da, die Angemessenheit dieser Erklärungen zu prüfen. Es stellt lediglich fest, dass der Antragsteller keinen wirksamen anwaltlichen Beistand erhalten hat...”, da “die Prozesskostenhilfe andernfalls Gefahr liefe, sich mehr als einmal als ein leeres Wort zu erweisen” (*ibidem*). In ähnlichem Sinne, unter anderem, der Fall Pakelli, Urteil vom 25. April 1983.

Zusammenfassend kann das Grundrecht auf dienstleistungsorientierten Anspruch auf Prozesskostenhilfe nicht in einer bloßen Beiordnung

münden, die zu einem offenkundigen Mangel an wirksamem anwaltlichem Beistand führt. Zudem hindert die berechtigte Entscheidung des Bürgers, die Pflichtverteidigung in Anspruch zu nehmen, den Rechtsmittelführer nicht daran, sich gegebenenfalls an einen Rechtsanwalt seiner freien Wahl zu wenden (STC 37/1988, Rechtsgrund N. 7).

In Anwendung der soeben dargelegten Doktrin kann das Recht auf anwaltlichen Beistand nicht so verstanden werden, dass bei der entsprechenden Verfahrenshandlung - ich werde mich im Wesentlichen auf den Akt der Hauptverhandlung konzentrieren - dies allein durch die Anwesenheit eines Anwalts gewährleistet wird. Und meines Erachtens unabhängig davon, ob es sich bei dem Anwalt um einen Pflichtverteidiger oder Wahlverteidiger handelt. Entscheidend ist das *Was* (Wirksamkeit oder Unwirksamkeit) und nicht das *Wer* (Pflichtverteidigung oder Wahlverteidigung). Zudem verfällt das Verfassungsgericht in eine unzutreffende Dichotomie, wenn es die Pflichtverteidiger als diejenigen identifiziert, die einen Prozesskostenhilfe erbringen. Tatsächlich sind *Pflichtverteidigung* und *Unentgeltlichkeit* keineswegs synonym und dürfen nicht gleichgesetzt werden; die obligatorische Beiordnung im Verfahren ist eine Sache, die Frage, wer die Kosten trägt, eine ganz andere. Die Prozesskostenhilfe, die in Artikel 119 CE-Vertrag vorgesehen ist und im Gesetz 1/1996 vom 10. Januar über die Prozesskostenhilfe weiterentwickelt wurde, setzt notwendigerweise die Beiordnung eines Pflichtverteidigers und eines Amtsanwaltes wegen voraus (Artikel 27 und folgende). Die Beiordnung eines Pflichtverteidigers bedeutet jedoch nicht, dass sie kostenlos ist, es sei denn, es kann nachgewiesen werden, dass die Mittel für die Prozessführung fehlen.

Das Verfassungsgericht hat festgestellt, dass die Gerichte insbesondere in den Fällen, in denen unentgeltlicher anwaltlicher Beistand gewährt wird, verpflichtet sind, die wirksame Ausübung dieser Hilfe zu gewährleisten, so dass eine Ausnahme von der Doktrin gemacht wird, welche sagt, dass keine Rechtsverweigerung vorliegt, wenn die Situation von der Partei oder von ihrem Vertreter oder Verteidiger verursacht wurde. Im Falle der Beauftragung einer dieser Pflichtberufsgruppen sind die ihnen zuzurechnenden Handlungen der Rechtsverweigerung als Verstoß gegen das Recht auf anwaltlichen Beistand anzusehen.

Diese Pflicht der Gerichte, für einen tatsächlichen und wirksamen anwaltlichen Beistand zu sorgen, wird in Fällen, in denen ein Pflichtanwalt beigeordnet wird, mit dem “nicht vorhandenen” Vertrauensverhältnis begründet, das “eine besondere Fürsorge und einen besonderen Schutz der Personen motiviert, die in ihren wirksamen Verteidigungsmöglichkeiten beeinträchtigt sind” (STC 91/1994, 21. März 1994, FJ 3).

Schließlich muss dieser Schutz der Bürger, die von einem Pflichtverteidiger unterstützt werden, “im Falle von Personen, denen die Freiheit entzogen wurde”, verstärkt werden (STC 184/1997, 28. Oktober, FJ 7).

In den Fällen von “pflichtverteidigten Angeklagten” legt der TC dem Gericht und sogar der Oberstaatsanwaltschaft eine “Sorgfaltspflicht” auf, der darauf abzielt, “auch in Ermangelung einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung” Situationen der Rechtsverweigerung zu vermeiden, die dem Verurteilten nicht zuzurechnen sind. Wenn –trotz der ordnungsgemäßen Benachrichtigung an den Staatsanwalt– im Berufungsverfahren weder dieser noch eine andere Person im Namen des Verurteilten erscheint, das Gesetz keine persönliche Mitteilung der

Einlegung des Rechtsmittels an den Rechtssuchenden vorsieht. (STC 112/1989, 10. Juni).

Der Gerichtshof selbst erkennt ohne Umschweife das (angebliche) Fehlen einer gesetzlichen Regelung für die Überwachung der Wirksamkeit des anwaltlichen Beistands, erklärt aber nicht den *Grund*, weshalb sich die Überwachung auf pflichtverteidigte Angeklagte beschränken sollte,¹⁶ da die von einem Wahlverteidiger unterstützten Personen die gleichen Grundrechte genießen und der Grundsatz der Gleichheit der Angeklagten gelten sollte. Ich werde später auf diesen Gedanken zurückkommen.

III.- Die Wirksamkeit des anwaltlichen Beistands

3.1.- EIN TABUTHEMA

Manchmal gibt es Tabuthemen, die aus unerklärlichen Gründen hinter den Kulissen der Gesellschaft im Allgemeinen und der Behörden im Besonderen bleiben. Das Vorhandensein eines Problems ist bekannt, aber es wird kaum darüber gesprochen, und infolgedessen macht der Betroffene seine Rechte nicht geltend und/oder die zuständigen Behörden greifen nicht ein, um die Verantwort-

16 Es ist darauf hingewiesen, dass es Fälle gibt, in denen die Zweite Kammer des Obersten Gerichtshofs die Zuständigkeit eines Pflichtverteidigers gerühmt hat, wenn auch nur in Ausnahmefällen. So ist in der jüngsten STS 202/2024 vom 5. März zu lesen: “Die gut ausgearbeitete, und kohärent und solide begründete Begründung ist ein weiteres, in der rechtsanwaltlichen Praxis reichlich vorhandenes Beispiel dafür, dass Pflichtverteidigung und hohes Niveau, Engagement und fachliche Qualität im Widerspruch zur ungerechten Vorstellung, die in der kollektiven Vorstellung verankert ist, stehen. Es ist ein hervorragender Verteidigungsschriftsatz“.

lichkeiten zu klären oder, in geringerem Maße, um dessen Inzidenz in der Praxis zu verringern. Es wird allgemein anerkannt, dass in einer immer komplexeren und spezialisierten Welt Fehler auftreten können und auch auftreten, und dass es sogar an Ausbildung, Eifer, Strenge und Interesse seitens der Fachleute in verschiedenen Bereichen mangelt.

Das Recht ist keine Ausnahme, und diese Zeilen haben nicht die Absicht, zu verallgemeinern oder eine willkürliche destruktive Kritik zu üben, sondern lediglich ein praktisches Problem aufzuzeigen oder zu veranschaulichen, es anhand der geltenden rechtlichen und verfassungsrechtlichen Vorschriften zu analysieren und Lösungen vorzuschlagen, um zu versuchen, seine Auswirkungen zu verringern; vor allem aber sollen sie einen Vorschlag für die verfahrensrechtlichen Konsequenzen machen, die sich für die von einem unwirksamen anwaltlichen Beistand betroffene Person ergeben sollten, und zwar unabhängig davon, wer den Anwalt beigeordnet hat.

Die Frage der Qualität des anwaltlichen Beistands in Strafverfahren hat in den Vereinigten Staaten von Amerika (USA) eine umfangreiche Rechtsprechung hervorgebracht, die sich größtenteils auf die sogenannte Verhandlungsstrafjustiz bezieht. Ein wertvolles Beispiel ist das Urteil des Obersten Gerichtshofs vom 5. November 2013 in der Rechtssache Burt gegen Titlow,¹⁷ in der das Gericht daran erinnert, dass die *Sexta Enmienda* nicht das Recht auf eine perfekte Beratung garantiert, sondern vielmehr das Recht auf einen wirksamen Beistand, wobei nicht einmal die Verletzung der ethischen Normen durch den Anwalt *per se* die Unwirksamkeit

17 571 U.S. (2013).

des Beistands bestimmt. Konkret gelangte der Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten – entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts – zu dem Ergebnis, dass im folgenden Fall keine Verletzung des Rechts des Angeklagten auf wirksame anwaltliche Unterstützung vorlag. Der Angeklagte hatte bereits mit Unterstützung eines Anwalts ein für ihn ausgesprochen vorteilhaftes Verständigungsverfahren (*plea bargaining*) mit der Staatsanwaltschaft erfolgreich abgeschlossen. Nachdem er jedoch den Anwalt gewechselt hatte, beantragte der neue Verteidiger, das zuvor abgeschlossene Schuldeingeständnis (*guilty plea*) aufzuheben, anstatt an der Einigung festzuhalten. Dabei ließ er sich von den Beteuerungen der Unschuld seines Mandanten leiten, ohne die Tragfähigkeit der gegen diese vorliegenden belastenden Beweise eingehend zu prüfen. In der Folge kam es zum Gerichtsverfahren, das mit einer deutlich schwereren Verurteilung endete, als die zuvor verhandelte. Nach Auffassung des Obersten Gerichtshof stellte dieses Vorgehen gleichwohl keine Verletzung des Anspruchs auf wirksamen anwaltlichen Beistand dar.

Weiterhin im Kontext der USA,¹⁸ erklärt PRIMUS, wie das Recht vieler Angeklagter auf Verteidigung durch einen Anwalt in Strafsachen systematisch verletzt wird, und zwar gerade wegen der mangelnden Sachkenntnis des Anwalts, wenn nicht sogar wegen anderer bedauerlicher Faktoren wie dem Schlafen des

18 In jedem Gerichtsroman wird ganz selbstverständlich das Akronym IAC (*ineffective assistance of counsel*) verwendet. Vgl. ad exemplum GRISHAM, J., *The Racketeer*, Hodded, 2013, S. 69, wo der Autor feststellt, dass unzureichender anwaltlicher Beistand ein häufiges Rechtsmittel von Verurteilten ist, obwohl dies in Fällen, in denen die verhängte Strafe nicht den Tod des Angeklagten zur Folge hat (*Nicht-Todesstraffälle*), nur selten zur Aufhebung der Verurteilung führt.

Anwalts während der Verhandlung oder dem Missbrauch von Alkohol oder Drogen.¹⁹

Es ist natürlich nicht nötig, sich auf solche extremen und schamlosen Fälle zu konzentrieren, die, wie ich zu sagen wage, in Spanien allenfalls anekdotisch und vereinzelt vorkommen. Was jedoch nicht übersehen werden darf, und wir können nicht so tun, als gäbe es dieses Problem nicht, ist der Mangel an Ausbildung, Verantwortung und Fachwissen in Bezug auf bestimmte juristische Verteidigungsmöglichkeiten im Strafrechtssystem.

Halten wir kurz bei dem klassischen und inzwischen eigentlich unverzeihlichen Fehler inne, einen Revisionsantrag wegen Verletzung materiellen Strafrechts gemäß Art. 849.1 LECrim anzukündigen und zu formalisieren, ohne den festgestellten Sachverhalt zu respektieren. Ein kurzer Blick auf die jüngsten Entscheidungen des Zweiten Strafsenats des spanischen Obersten Gerichtshofs zeigt, dass diese Fehlentwicklung in den beim Gericht eingereichten Revisionsbegründungen immer wieder auftritt. Als exemplarische Beispiele seien die Urteile STS 380/2023 vom 19. Mai und STS 342/2024 vom 25. April genannt.

Darüber hinaus gibt es eine ganze Reihe von Fällen, in denen der Oberste Gerichtshof gezeigt hat, wie fehlgreifend, wenn nicht gar exotisch und heterodox, der Ansatz der rechtmittelführenden Anwälte ist. In dieser Hinsicht ist die STS 256/2010 vom 8. März äußerst anschaulich:

19 PRIMUS, E.B., “The illusory right to counsel”, *Ohio Northern University Law Review*, 37, 2011, S. 597-620.

“5.- Der Anwalt, der die Revision verfasst hat, widmet in völlig untypischer Weise in über sechzig Seiten eine überwältigende und nutzlose Abschreibung von Lehrmeinungen über die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit und ihre Unterschiede zu den Verfahrensvoraussetzungen. Nach dieser ungewöhnlichen monographischen Arbeit wissen wir nicht mit Sicherheit, worin der Verfahrensfehler besteht, der seiner Mandantin unterlaufen ist.

6.- Seine Absichten erratend, scheint er davon auszugehen, dass aufgrund des Vorliegens eines Strafaufhebungsgrundes die Zulassung der Klage und die Ausübung der Strafverfolgung nicht statthaft seien. Dazu ist lediglich festzuhalten, dass ein Strafaufhebungsgrund erst dann Wirkung entfaltet, wenn die Existenz der Straftat festgestellt wurde – was die vollständige Durchführung des Verfahrens bis zur Hauptverhandlung und zum Erlass des Urteils voraussetzt. In jedem Fall ist der Rechtsmittelführer eine Außenstehende in Bezug auf die eheliche Beziehung und könnte daher nicht einmal von diesem Strafaufhebungsgrund profitieren.

In der STS 1022/2010 vom 17. November heißt es, dass ein Grund zur Revision “einen wahren Strom von Artikeln des Strafgesetzbuches enthält, die ohne Trennung und Ordnung zusammengewürfelt sind”. Und fügt hinzu:

1.- Die Formulierung des Grundes missachtet von vornherein die in Art. 874 der Strafprozessordnung enthaltenen Empfehlungen, wonach im Schriftsatz die formulierten Fragen in nummerierten Absätzen so knapp und klar wie möglich dargelegt werden sollten.

(...)

3.- Der gesamte Revisionsgrund hätte von vornherein als unzulässig verworfen werden müssen. Völlig losgelöst von den grundlegendsten juristischen Techniken, wird die These verfolgt, dass in zwei der festgestellten Tatsachen kein Vorsatz (Art. 1) vorgelegen habe, das heißt, dass der Angeklagte sich der ihm zur Last gelegten Handlungen nicht bewusst gewesen sei bzw. sie nicht gewollt habe. Wir hoffen, dass er trotz der anfänglichen Formulierung nicht behaupten will, die Tat sei fahrlässig begangen worden. Der ebenfalls zitierte Art. 5 sagt etwas Selbstverständliches aus: dass es keine Strafe ohne Vorsatz oder Fahrlässigkeit gibt. Dazu haben wir – im Gegensatz zum Rechtsmittelführer – nichts weiter anzumerken. Art. 16 bezieht sich auf den Versuch, und der rechtsmittelführende Anwalt erläutert in keiner Weise, was dieser Paragraph mit seiner erstaunlichen Argumentation zu tun haben soll.

Aufschlussreich ist auch die STS 758/1997 vom 30. Mai, von deren zahlreichen Passagen, die für diese Untersuchung von Interesse sind, ich die folgenden hervorhebe:

Als dritter Revisionsgrund (sic) macht der Rechtsmittelführer einen Formverstoß gemäß Artikel 850.1 der spanischen Strafprozessordnung geltend. Diesen Abschnitt gliedert er in sechs verschiedene Unterabschnitte, die die Staatsanwaltschaft als unterschiedliche Gründe interpretiert. 1. Der beigeordnete Zeuge wurde ordnungsgemäß geladen, erschien jedoch nicht, da er sich offenbar im Ausland aufhielt. Paradoxerweise handelt es sich bei diesem Rechtsmittelführer um den Beschwerdeführer selbst, der –obwohl er durch seinen Anwalt vertreten und durch seinen Anwalt verteidigt wurde– während der sechzehn Verhandlungstage der Hauptverhandlung nicht

zu erscheinen bereit war. Dieser Umstand verdeutlicht den Rechtsmissbrauch, den die gesamte Anfechtung darstellt. 2. Die Sachverständigen erschienen nicht zur Hauptverhandlung, doch die Rechtsmittelführende Partei erfüllte nicht die gesetzlichen Voraussetzungen, damit diese Abwesenheit prozessuale oder revisionsrechtliche Folgen hätte. 3. Hinsichtlich der genannten Zeugen und Dokumentenbeweise ist festzuhalten, dass diese nicht in den endgültigen Anträgen der Rechtsmittelführende Partei beantragt worden waren. 4. Hier wird –in verwirrender Weise– eine angebliche Verteidigungslosigkeit (eine schwere Beeinträchtigung der Verteidigungsrechte, aus dem Spanischen “*indefensión*”) aufgrund eines Verlustes der Rechtssache (sic) geltend gemacht, der wiederum die angebliche Unmöglichkeit begründet haben soll, Beweise zu erheben, die jedoch nicht näher bezeichnet werden. 5. In Fortführung dieser überraschenden Argumentation wird nunmehr Artikel 793.2 der Strafprozessordnung sowie der Artikel der vorherigen und besonderen Verkündung verwiesen, angeblich im Zusammenhang mit verletzten Grundrechten –Verstöße, die wiederum aus der Nichterhebung der zuvor genannten Beweise abgeleitet werden. 6. Schließlich wird behauptet –ebenfalls unter Berufung auf den verfahrensrechtlichen Schutz des Artikels 850.1 (sic)–, die Vorinstanz habe zu Unrecht die vom Rechtsmittelführer vorgelegten Berechnungsgrundlagen für die Schadensbewertung zurückgewiesen; dies wurde allerdings erst nach Abschluss der Beweisaufnahme und nach Erklärung des Verfahrens zur Urteilsfindung vorgebracht. Es ist schwer zu beantworten, was rechtlich gesehen absurd ist.”

In derselben Entscheidung ist zu lesen, dass “als sechster Grund (sic) die Verletzung verfassungsrechtlicher Gebote in einer so willkürlichen Weise angeführt wird, dass es, um es noch einmal zu sagen, schwierig ist, auf

die zehn in diesem letzten Argument enthaltenen Absätze zu antworten“. Er kommt zu dem Schluss, dass “[d]ie Ungenauigkeit, das Fehlen einer Rechtsgrundlage und die Inkohärenz in den ansonsten gut durchdachten Anfechtungen die lobenswerte Absicht verraten, das legitime Recht auf Verteidigung bis zu seinen letzten Konsequenzen zu führen“.

Der STS vom 15. Oktober 1990 bezeichnete die Revision als “atypisch” und kritisierte ihren unsystematischen und inkongruenten Charakter “aufgrund der übermäßigen Anhäufung von angeblich verletzte Vorschriften in einem einzigen Grund, unter Missachtung der vom Gesetzgeber in Artikel 874 der Strafprozessordnung festgelegten Bestimmungen”.

Mehr als dreißig Jahre später und zum Abschluss dieser Leseprobe lohnt es sich, die folgende Passage aus der STS 522/2023 vom 29. Juni wiederzugeben:

“Die Rechtsmittel wegen der vorsätzlichen Verletzung der Unschuldsvermutung gemäß Art. 24.2 der spanischen Verfassung, werden ausschließlich darauf gestützt, dass ein Fehler bei der Beweiswürdigung vorliege, dass ein Gesetzesverstoß begangen worden sei und dass ein Formmangel vorliege. Bei der Ausführung dieser Gründe jedoch –sowohl hinsichtlich der Verurteilung wegen des Delikts der Verwaltungsübertretung als auch wegen des Delikts des Betrugs zu Lasten der Verwaltung– nur bloße Behauptungen sind, ohne die zugrunde liegenden rechtlichen Argumente darzulegen. Schon aus diesem Grund wäre eine Zurückweisung gemäß Art. 855.1 LECrim gerechtfertigt. Wie die Staatsanwaltschaft in ihrer Erwiderung ausführt, weist der Revisionsgrund einen “offenkundigen Mangel an revisionsrechtlicher Technik auf: Er wird als Verstoß gegen ein verfassungsrechtliches Gebot erhoben, nämlich

eine Verletzung der Unschuldsvermutung, enthält aber keinerlei Begründung. Es wird eine Gesetzesverletzung behauptet, ohne die verletzten materiellrechtlichen Normen zu benennen und ohne sie den festgestellten Tatsachen – die in diesem Verfahrensweg bindend sind – gegenüberzustellen. Und es wird ein Formverstoß geltend gemacht, ohne die einschlägigen Vorschriften zu benennen oder die angeblichen Verfahrens- oder Urteilsfehler zu konkretisieren. Diese Vielzahl an Unregelmäßigkeiten führt zur Unzulässigkeit des Revisionsgrundes bereits im Ansatz.

Dennoch sollen einige Überlegungen zur Sache angestellt werden, um auf diese unbegründeten Vorwürfe einzugehen. Dies ist jedoch nur in Bezug auf die Rüge der Verletzung der Unschuldsvermutung und des behaupteten Fehlers in der Beweiswürdigung möglich sowie hinsichtlich eines *error iuris*, auf den der offenbar bezogen wird, wenn von Gesetzesverletzung gesprochen wird. Hinsichtlich des geltend gemachten Formverstoßes können wir hingegen nichts ausführen: Die Artikel 850 und 851 LECrim enthalten elf verschiedene Revisionsgründe, doch keiner wird genannt. Das Rechtsmittel ist derart unbestimmt, dass wir – nach Durchsicht der Akten – lediglich feststellen können, dass keiner der Fehler vorliegt, die die Anwendung eines dieser Gründe rechtfertigen könnten.”

3.1.1.- Ausbildung und Mindesterfahrung als Palliativmaßnahmen: der italienische Fall

Es besteht kein Zweifel daran, dass diese Situationen nicht eintreten würden (oder zumindest verringert würden), wenn Maßnahmen ergriffen würden, um das Problem an der Wurzel zu packen, d. h. in Bezug auf die Ausbildung und das Erfordernis eines Mindestmaßes an Erfahrung für einen Anwalt, um qualifiziert zu sein, auße-

rordentliche Rechtsmittel wie die Revisionsbeschwerde anzukündigen und zu formalisieren.²⁰

Die strenge Regelung in Italien, wo die *cassazionista*-Anwälte ein unbestrittenes Ansehen genießen, weil sie eine Reihe von Kompetenzen nachweisen mussten, um qualifiziert zu werden, steht im Gegensatz zur

20 Zurück in die USA: Die von der *American Bar Association* veröffentlichten Criminal Justice Standards (Criminal Justice Standards for the Defense Function, Fourth Edition, 2017) beschreiben das Verhalten, das der Anwalt bei der Einlegung von Rechtsmitteln beachten muss. Es ist anzumerken, dass sie sich zwar auf “*Appeals*” beziehen, was wörtlich übersetzt “Berufungen” bedeutet, aber sie gelten für die breite Bedeutung des Begriffs: jede Einlegung. Ich danke meiner Kollegin Gabrielle Friedman für ihre Erläuterungen zum Berufungssystem im US-Strafrechtssystem.

Im Einzelnen heißt es in der Richtlinie 4-9.3:

“(e) Der Berufungsbeistand muss die Berufung mit Sorgfalt vorbereiten und dafür sorgen, dass sie den Berufungsgerichten zügig vorgelegt wird, und er muss mit allen Berufsregeln vertraut sein und diese befolgen, während er gleichzeitig die Interessen seines Mandanten in der Berufung wahrt.

(f) Der Berufungsbeistand muss sich bei der Vorlage von Schriftsätzen und mündlichen Ausführungen vor Gericht genau auf die Akten und die Behörden beziehen, auf die er sich stützt. Der Berufungsbeistand muss die ihm bekannte gegenteilige Rechtsprechung des zuständigen Gerichts unmittelbar vortragen, die nicht von einem anderen Berufungsbeistand vorgetragen wurde.

(g) Der Berufungsbeistand sollten sich nicht absichtlich auf Tatsachen beziehen oder auf der Grundlage von Tatsachen argumentieren, die nicht in den Rechtsmittelakten enthalten sind, es sei denn, es handelt sich um allgemein bekannte Tatsachen, die auf der allgemeinen menschlichen Erfahrung beruhen, oder um andere Tatsachen, von denen das Gericht Kenntnis nehmen kann.

Diese Standards sind verfügbar unter: [Standards for the Defense Function](#) (letzter Zugriff am 6. August 2024)

Flexibilität Spaniens in diesem Bereich, wo praktisch jeder Anwalt, auch wenn er erst seit kurzem zugelassen ist oder keine Erfahrung in der Strafgerichtsbarkeit hat, Revisionsbeschwerden vor der Zweiten Kammer des Obersten Gerichtshofs ankündigen und formell einreichen kann.

Es ist interessant, sich kurz mit den Vorschriften über die Zulassung zur Tätigkeit vor dem Obersten Revisionsgerichtshof (*Corte Suprema di Cassazione*) mit Sitz in Rom zu befassen. Das Gesetz vom 31. Dezember 2012, Nr. 247, das den Anwaltsberuf²¹ regelt, mit dem festen Ziel, die berufliche Eignung der Mitglieder der Anwaltskammer zu gewährleisten, um den Schutz ihrer Mandanten zu garantieren (Artikel 1.2.a/), behandelt diese Frage gemeinsam für die sogenannten höheren Gerichte. Diese Vorschrift regelt die Modalitäten für den Zugang zum Sonderregister für anwaltlichen Beistand bei den italienischen Obergerichten.

Um diese Tätigkeit ausüben zu können, müssen die Anwälte besondere Anforderungen erfüllen, wie z. B. langjährige Erfahrung in der Berufsausübung, beträchtliche Fähigkeiten und Kompetenzen sowie das Bestehen einer sehr komplexen und anspruchsvollen Prüfung, die sie zur Eintragung in das Register der Berufungsanwälte qualifiziert.

Artikel 22 des Gesetzes 247 sieht die folgenden Zugangsmöglichkeiten vor:

a) Eintragung in das Anwaltsregister seit mindestens fünf Jahren, Bestehen einer spezifischen nationalen Prüfung beim Justizministerium in Rom und eine

21 Veröffentlicht in der *Gazzetta Ufficiale* am 18. Januar 2013 (N. 15).

mindestens fünfjährige Tätigkeit in einer Kanzlei des Obersten Revisionsgerichtshofs;

b) Seit mindestens acht Jahren Mitglied der Anwaltskammer sein und die *Scuola Superiore dell'Avvocatura* beim *Consiglio Nazionale Forense* (Nationaler Rat der Rechtsanwälte) mit guten Ergebnissen abgeschlossen und die Abschlussprüfung bestanden haben.

Der *Cassazionista*-Anwalt ist der einzige Berufszweig, der befugt ist, Rechtsmittel vor dem Rechnungshof, dem Staatsrat, dem Obersten Revisionsgerichtshof und dem Verfassungsgerichtshof einzulegen.

Bis zum Inkrafttreten dieses Gesetzes im Jahr 2013 war die Situation dennoch nicht so wie in Spanien, sondern es gab seit langen Anforderungen, die es in Spanien nicht gibt, wie z. B. eine mindestens fünfjährige Tätigkeit als Rechtsanwalt vor bestimmten Gerichten, wie den Berufungsgerichten, und die Beantragung der Eintragung in das besondere Register der Revisionsanwälte. Das Gesetz vom 8. Juni 1874, Nummer 1938, das den Beruf des Rechtsanwalts und des Prokuristen²² regelt, sah diese Mindestanforderungen in Artikel 15 vor.

3.1.2.- Die obligatorische Weiterbildung als Lösung: das dänische Modell

Ein weiteres äußerst anschauliches Beispiel aus einem geografisch wie kulturell deutlich weiter von Spanien entfernten, aber dennoch zur Europäischen Union ge-

²² Veröffentlicht in der *Gazzetta Ufficiale* am 15. Juni 1874 (Nr. 141).

hörenden Land, bietet das dänische System²³ der obligatorischen Fortbildung. Tatsächlich sieht Dänemark vor, dass nach Abschluss des Bachelor- und Masterstudiums eine dreijährige Pflichtreferendarszeit²⁴ zu absolvieren ist, die mit einer spezifischen Ausbildung kombiniert wird, bestehend aus acht Kursen und zwei Prüfungen,²⁵ was insgesamt acht Jahre Erstausbildung vor der Berufsausübung ergibt; die berufliche Fortbildung für Rechtsanwälte verpflichtend. Nach Art. 126.5 des dänischen Justizverwaltungsgesetz²⁶ und der Weiterbildungsverordnung²⁷ sind alle Rechtsanwälte und juristischen Assistenten verpflichtet, sich fortlaufend weiterzubilden – einschließlich der in Dänemark tätigen EU-Anwälte sowie dänischer Anwälte, die im Ausland praktizieren.²⁸ Alle Verpflichteten müssen innerhalb eines Dreijahres-

- 23 Im Bereich der Danksagung muss ich meinen Kollegen Niels Rex, Mitglied des Vorstands des Ausschusses für Strafjustiz der dänischen Anwaltskammer, erwähnen, den ich 2021 kennenlernte, als er mich einlud, für dänische Strafrechtsanwälte im Rahmen ihrer obligatorischen Fortbildung ein Seminar über das spanische Strafjustizsystem zu halten.
- 24 Es liegt auf der Hand, dass Masterabsolventen drei Jahre lang als "Anwaltsassistenten" in Anwaltskanzleien, Gerichten oder Polizeistationen arbeiten müssen, um praktische Verfahrenkenntnisse zu erwerben.
- 25 Eine schriftliche Arbeit über die Rechtspraxis und eine in Form einer Prozesssimulation, in der der Kandidat nachweisen soll, dass er eine Hauptverhandlung führen oder bestehen kann.
- 26 Dänisches Justizverwaltungsgesetz 1261 vom 23. Oktober 2007.
- 27 Durchführungsverordnung des Justizministeriums über die Fortbildung von Rechtsanwälten und Anwaltsassistenten Nr. 1474 vom 12. Dezember 2007, geändert durch die Durchführungsverordnung 820 vom 25. Juni 2010.
- 28 Artikel 1 der Durchführungsverordnung.

zeitraums²⁹ 54 Kurse absolvieren, die als “obligatorische beruflich relevante Weiterbildung” eingestuft sind. Dies entspricht einem Durchschnitt von 18 Kursen pro Jahr, also mehr als einer Fortbildung pro Monat. Nach jedem Dreijahreszeitraum müssen die Verpflichteten ihre absolvierte Fortbildung der Rechtsanwaltskammer³⁰ melden, die über einen Kontrollmechanismus verfügt, um zu überprüfen, ob die angegebene Weiterbildung tatsächlich stattgefunden hat.

Besonders auffallend ist die Detailliertheit, mit der die Durchführungsverordnung die Fortbildungsverpflichtungen von Rechtsanwälten und Anwaltsassistenten festlegt. So legt Artikel 3 die Bedingungen fest, die eine Fortbildung erfüllen muss, um als obligatorische Fortbildung im Sinne des Gesetzes und der fraglichen Verordnung zu gelten. Neben der bereits erwähnten Mindeststundenzahl und -dauer müssen ein Lehrplan, eine Zielbeschreibung, eine Beschreibung des Lehrstoffs oder eine Beschreibung des Unterrichts vorliegen; die fachliche Kompetenz des Lehrers in dem betreffenden Fachgebiet muss vom Kursanbieter dokumentiert werden; und es muss ein Nachweis über die Teilnahme des Verpflichteten an dem Lehrgang vorliegen (z. B. durch eine vom Lehrer unterzeichnete Kursbescheinigung).

Die Durchführungsverordnung erkennt auch Lehrtätigkeiten als Fortbildung an, und zwar bis zu einer Höchstzahl von 27 Unterrichtsstunden alle drei Jahre (Artikel 5), d.h. die Hälfte der dreijährigen Mindestfortbildungspflicht.

29 Artikel 3.1 der Durchführungsverordnung.

30 Artikel 12 der Durchführungsverordnung.

Die Verordnung über den ständigen Verweis zählt auch “juristische und nicht-literarische” Forschungsarbeiten als obligatorische Weiterbildung, sofern das Werk veröffentlicht wurde (es scheint sich auf eine Monografie zu beziehen); oder es handelt sich um einen juristischen Aufsatz, der den Filter eines Redaktionsausschusses passiert hat; oder schließlich hat der Verpflichtete eine Doktorarbeit abgeschlossen (Artikel 6). Das Verfassen von juristischen Veröffentlichungen wird bis zu einer Höchstzahl von achtzehn Unterrichtsstunden pro Dreijahreszeitraum als Pflichtfortbildung angerechnet (Artikel 6, PCS 2).

Die Nichteinhaltung der Pflicht zur ständigen Fortbildung im Sinne der Durchführungsverordnung wird als Verstoß gegen die gute Rechtspraxis betrachtet; in diesem Fall muss der Anwalt, der gegen seine Pflichten verstößt, mit einem Verwaltungsdisziplinarverfahren vor der Rechtsanwaltskammer rechnen (Artikel 15), das sogar zum Ausschluss von der Ausübung des Rechtsanwaltsberufs führen kann.

3.1.3.- Die Lage in Spanien: Leere Versprechen und gesetzgeberische Blässe angesichts der Verfahrenstragödie

Dies steht im Gegensatz zu der isolierten Bestimmung von Artikel 65.1 der Statute der Anwaltskammer,³¹ die nichts anderes als ein leeres Versprechen ist.

“Die Angehörigen der Rechtsberufe haben das Recht auf berufliche Spezialisierung durch den Nachweis einer spezifischen Ausbildung, die im Falle einer Ausbildung durch eine Betriebsorganisation vom Allgemeinen Rat der spanischen Rechtsanwälte genehmigt werden muss, damit sie im gesamten Staat wirksam ist.”

31 Königlicher Erlass 135/2021 vom 2. März.

Um auf das Thema zurückzukommen, das im Mittelpunkt dieser Forschung steht: Weder die spanische Doktrin noch die Rechtsprechung haben sich mit diesem strukturellen Problem des Strafverfahrens befasst, das aus der Unwirksamkeit von anwaltlichem Beistand besteht. Auch die Universitäten und die Anwaltskammern haben dies nicht getan. Dies steht im Gegensatz zu der traditionellen³² und zunehmenden Besorgnis in den USA, wo beispielsweise die Anwaltskammer der Stadt New York in einem Bericht vom Mai 2021 zu dem Schluss kam, dass “die Qualität des Anwalts entscheidend für die Fairness des Strafrechtssystems ist. Ohne eine kompetente Vertretung hat ein Angeklagter wenig oder keine Chance, dass sein Fall gerecht gelöst wird. Tatsächlich weisen die Kommissionen für ungerechtfertigte Verurteilungen darauf hin, dass unzureichender anwaltlicher Beistand

32 Besonders erwähnenswert ist der alte Artikel von Richter SCHWARZER, W.W., „Dealing with Incompetent Counsel - The Trial Judge’s Role”, *Harvard Law Review*, 93, 4, 1980, S. 633-669, dessen Titel, der vor fast fünfundvierzig Jahren gewählt wurde, das Anliegen der US-amerikanischen Richter selbst hinreichend andeutet: “Der Umgang mit inkompetenten Anwälten - die Rolle des Richters im Verfahren” (freie Übersetzung). In diesem Werk konzentriert der Autor seine Bemühungen darauf, den Richtern bewusst zu machen, dass sie während des Prozesses eingreifen müssen, um eine angemessene Leistung des Anwalts im Gerichtssaal zu gewährleisten, um das Recht des Angeklagten auf Verteidigung angesichts die ungenügenden Rechtsbehelfe nach unwirksamen anwaltlichen Beistands zu garantieren. Er tut dies mit dem keineswegs verschleierte Ziel, “dass die Unfähigkeit des Anwalts die Fairness des Gerichtsverfahrens nicht beeinträchtigen darf” (S. 651). Und er kommt zu dem Schluss, dass die Besorgnis über inkompetente Anwälte zwar kurzfristig einige zusätzliche Belastungen für die Gerichte mit sich bringen mag, die langfristigen Vorteile höherer Standards für die Leistung von Anwälten diese jedoch bei weitem überwiegen (S. 669).

ein wesentlicher Faktor bei der Verurteilung von Unschuldigen ist”³³ (freie Übersetzung).

Das Problem verschärft sich natürlich angesichts der *gesetzgeberischen Blässe*: Unsere Gesetzgebung sieht weder vor, dass es einen unwirksamen anwaltlichen Beistand gibt, noch wie das Gericht handeln soll, wenn es sie feststellt, geschweige denn, welche prozessualen Konsequenzen mit einer solchen *prozessualen Tragödie* verbunden sein sollen.

Und zwar ist es so, dass in Spanien der einzige Versuch einer Regelung hinsichtlich der Wirksamkeit und Qualität des anwaltlichen Beistands im frisch verabschiedeter *Ley Orgánica 5/2024* vom 11. November über das Recht auf Verteidigung (im Folgenden: LODD)³⁴ zu finden ist. Es lohnt sich, einen Blick zurückzuwerfen und den Text sowie das Gesetzgebungsverfahren des Entwurfs einer *Ley Orgánica* über das Recht auf Verteidigung (im Folgenden: PLODF) zu analysieren, der vom Ministerrat am 4. April 2023 auf Vorschlag des Justizministeriums verabschiedet wurde und anschließend fast ein Jahr lang auf Eis lag,³⁵ bis er am 2. Februar 2024 – mit für den Gegenstand dieser Monografie relevanten Änderungen

33 Verfügbar in: [NYC Bar Memo May 2021](#) (letzter Zugriff am 5. Juli 2024)

34 Veröffentlicht kurz vor Redaktionsschluss dieser im Boletín Oficial del Estado vom 14. November 2024 mit einer *vacatio legis* von zwanzig Tagen danach (Neunte Schlussbestimmung)..

35 Vorentwurf ist unter folgendem Link abrufbar: [Anteproyecto de Ley Orgánica del Derecho de Defensa](#) (letzter Zugriff am 4. Februar 2024).

– im Amtsblatt der General Cortes (im Folgenden: BOCG)³⁶ veröffentlicht wurde.

Der PLODF enthält zwei Bestimmungen. Zum einen Artikel 4.1, der vorschlägt, das Recht natürlicher und juristischer Personen auf einen *angemessenen* Rechtsbeistand für die Ausübung ihres Verteidigungsrechts anzuerkennen. Besonders auffällig ist, dass der im Vorentwurf verwendete Begriff *wirksam* ersetzt wurde, was zweifelsohne symptomatisch für die Tatsache ist, dass der Vorgesetzte vor dem in dieser Forschung behandelten Problem flieht, da Angemessenheit und Wirksamkeit keine Synonyme sind und nicht gleichgesetzt werden können.³⁷ Der Anspruch auf Wirksamkeit war viel ehrgeiziger. Andererseits ist Artikel 8 PLODF wie folgt formuliert: “Das Recht auf Verteidigung umfasst die Bereitstellung

36 Das Präsidium des Abgeordnetenhauses beauftragte den Justizausschuss mit einer Stellungnahme, und es wurde auch eine Frist für Änderungen festgelegt. Verfügbar unter folgendem Link: [121/000006 Proyecto de Ley Orgánica del Derecho de Defensa](#). (letzter Zugriff am 4. Februar 2024)

37 In der Verteidigung des Forschungsprojekts, das das Grundgerüst dieser Monografie bildet, bemerkte Professor Isusko Ordeñana, dass der Begriff Effektivität/Wirksamkeit aus der Wirtschaft kommt, und schlug stattdessen den Begriff Effizienz vor, in klarem Zusammenhang mit den Bestimmungen von Artikel 24.1 EG, der das Recht auf wirksamen Rechtsschutz ohne Rechtsverweigerung anerkennt. Sicherlich handelt es sich um Synonyme, und man hätte auch die Begriffe Nützlichkeit, Effizienz, Kapazität oder Eignung verwenden können, aber ich wollte den Begriff mit seinem Antonym, der Unwirksamkeit, kontrastieren. Auf jeden Fall bin ich nicht der Ansicht, dass der Begriff der Wirksamkeit auf den Bereich der Wirtschaft beschränkt ist oder dass dieser seine Verwendung monopolisieren kann; und zufälligerweise sind Wirksamkeit und Unwirksamkeit Begriffe mit einer langen Tradition in der Rechtsprechung.

von anwaltlichem Beistand oder Rechtsberatung und Verteidigung vor Gericht, die die *Qualität* und Zugänglichkeit der Dienstleistung gewährleisten” (Hervorhebung hinzugefügt).³⁸

Abgesehen von der Tatsache, dass der PLODF die Punkte nicht abdeckt, bei denen ich zuvor auf die Blässe der Gesetzgebung in unserem Land hingewiesen habe, ist der allgemeine und ungenaue Charakter der wenigen Bestimmungen, die die Qualität des anwaltlichen Beistands betreffen, offensichtlich. Mit den Worten des Berichts des Generalrats des Justizwesens über den Vorentwurf vom 26. Januar 2023:³⁹

“77.– Artikel 8 erkennt ein sogenanntes Recht auf ‘qualitativ hochwertigen anwaltlichen Beistand’ an, ohne in irgendeiner Weise die Parameter zu konkretisieren, anhand derer der Maßstab dafür zu bestimmen wäre, was unter einer solchen zu verstehen ist, abgesehen vom Zusatz “die Regelungen über die Nutzung technologischer und telematischer Mittel zu berücksichtigen sind”, im zweiten Absatz derselben Verfügung. Auch dieser leistet keinen Beitrag zur Klärung von Reichweite und Bedeutung der zuvor genannten Vorschrift, die zudem keinesfalls der Regelung durch die *Ley Orgánica* vorbehalten sein kann.”

Zuvor hatte sich der Rat der Staatsanwaltschaft in seinem Bericht vom 29. Dezember 2022 über den

38 In diesem Fall weist der Wortlaut keine relevanten Änderungen gegenüber dem Vorentwurf auf.

39 Verfügbar unter folgendem Link: [CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL Secretaría General Certificación Pleno aprobando Informe Anteproyecto de Ley Orgánica del Derecho de Defensa](#) (letzter Aufruf am 21. Januar 2024)

Vorentwurf⁴⁰ ebenso knapp wie eindeutig mit dem Wortlaut der oben genannten Verfügung einverstanden erklärt: “In dieser Hinsicht wird nichts beanstandet. Das Recht auf Verteidigung kann nur durch einen qualitativ hochwertigen Rechtsbeistand gewährleistet werden”.

Am 20. März 2024 wurden die Änderungen des PLODF⁴¹ im Amtsblatt des spanischen Parlaments veröffentlicht, darunter auch die der folgenden Parlamentsgruppen:

a) Die baskische Parlamentsgruppe (EAJ-PNV) schlug vor, Artikel 4 dahingehend zu ändern, dass “[d]as Recht auf wirksamen Rechtsbeistand, das dieser Artikel gewährleistet, auch die Verpflichtung umfasst, die erforderlichen Anpassungen vorzunehmen oder zu beantragen, um das Recht auf kognitive Barrierefreiheit von Menschen mit intellektuellen und entwicklungsbedingten Behinderungen im gerichtlichen Verfahren, an dem sie teilnehmen, zu gewährleisten; hierfür sind die fachlichen, personellen oder fachlichen Mittel einzusetzen, die zur Sicherstellung der Wirksamkeit dieses Rechts notwendig sind” (Änderungsantrag Nr. 76). Ebenso wurde angeregt, in Artikel 8 aufzunehmen, dass „die Rechtsanwaltsfachangestellten eine kontinuierliche und je nach Fall spezialisierte juristische Fortbildung absolvieren werden” (Änderungsantrag Nr. 78).

b) In dieselbe Richtung schlug die Volkspartei-Parlamentsgruppe im Kongress vor, Artikel 8 wie

40 Verfügbar unter folgendem Link: [Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica del Derecho de Defensa](#) (letzter Aufruf am 21. Januar 2024))

41 Verfügbar auf: [121/000006 Proyecto de Ley Orgánica del Derecho de Defensa](#) (letzter Aufruf am 26. Juni 2024)

folgt zu formulieren: “[d]as Recht auf Verteidigung umfasst den anwaltlichen Beistand von Qualität, der eine wirksame Bereitstellung anwaltlichen Beistands oder rechtlicher Beratung sowie die gerichtliche Verteidigung einschließt und die Qualität und Zugänglichkeit der Dienstleistung gewährleistet. Hierfür werden die Rechtsanwaltsfachangestellten eine kontinuierliche und je nach Fall spezialisierte juristische Fortbildung absolvieren” (Änderungsantrag Nr. 101).

c) Die gemischte Parlamentsgruppe regte –um die Rechte derjenigen Personen zu gewährleisten, die den Dienst der Prozesskostenhilfe erbringen– an, in Artikel 8 aufzunehmen, dass “zur Gewährleistung der Qualität und Zugänglichkeit des anwaltlichen Beistands oder der rechtlichen Beratung, wenn dieser aufgrund des Anspruchs des Empfängers auf sein Recht auf Prozesskostenhilfe geleistet wird, der Dienstleistungsträger ein angemessenes System der Ausbildung, des Zugangs, der Vergütung und der sozialen Rechte für die ausführenden Fachkräfte sicherzustellen hat” (Änderungsantrag Nr. 137). Ferner schlug sie –mit besonderem Hinweis auf den Beistand gegenüber festgenommener Personen– vor, dem Artikel 12 folgenden Absatz hinzuzufügen: «[u]m eine angemessene Erbringung des Dienstes durch die Angehörigen der Anwaltschaft und der Staatsanwaltschaft zu gewährleisten, werden die für den Bereich Justiz zuständigen Verwaltungen ein Protokoll zur Betreuung festgenommener Personen entwickeln, das den genannten anwaltlichen Beistand sowie die aus ihm abgeleiteten Rechte wirksam gewährleistet” (Änderungsantrag Nr. 141).

Daraufhin wurde am 14. Juni 2024 der Bericht⁴² veröffentlicht, in dem unter anderem der Änderungsantrag Nr. 76 der baskischen Parlamentsgruppe (EAJ-PNV) zu Artikel 4 des PLODF sowie die Änderungsanträge Nr. 78 der baskischen Parlamentsgruppe (EAJ-PNV) und Nr. 101 der Volkspartei-Parlamentsgruppe im Kongress zu Artikel 8 des PLODF mit folgendem Wortlaut angenommen wurden

“Artikel 4: *Recht auf Rechtsbeistand.*

1. Natürliche und juristische Personen haben das Recht, bei der Ausübung ihres Rechts auf Verteidigung angemessenen Rechtsbeistand zu erhalten. **Das durch dieses Gebot garantierte Recht auf wirksamen Rechtsbeistand schließt auch das Recht ein, die notwendigen Anpassungen vorzunehmen oder zu verlangen, um das Recht auf kognitive Zugänglichkeit von Menschen mit geistiger Behinderung und Entwicklungsbehinderung zu dem Rechtsverfahren, an dem sie teilnehmen, zu gewährleisten, wobei der Einsatz fachlicher, personeller oder fachlicher Mittel erforderlich ist, um die Wirksamkeit dieses Rechts zu gewährleisten**“ (Hervorhebung im Original).

“Artikel 8. *Recht auf Qualität beim Rechtsbeistand*

Das Recht auf Verteidigung umfasst die Bereitstellung von anwaltlichem Beistand oder Rechtsberatung und die Verteidigung vor Gericht, wobei die Qualität und Zugänglichkeit der Dienstleistung zu gewährleisten ist. **Zu diesem Zweck unterziehen sich die Rechtsanwaltsfachangestellten einer ständigen und**

42 Verfügbar auf: [Informe de la ponencia](#) (letzter Aufruf am 26. Juni 2024)

spezialisierten juristischen Fortbildung, die je nach Fall erfolgt“ (Hervorhebung im Original).

Am 26. Juni 2024 billigte der Justizausschuss des Abgeordnetenhauses mit 20 Ja-Stimmen und 17 Stimmenthaltungen die Stellungnahme der PLODF,⁴³ die den Bericht und die angenommenen transaktionale Änderungsanträge enthält, und setzte damit sein parlamentarisches Verfahren fort.

Nach Ablauf der Frist von 48 Stunden nach Ende der Stellungnahme, am 4. Juli 2024, wurde die Stellungnahme der Kommission im Staatsanzeiger veröffentlicht, in der der Wortlaut der oben genannten Artikel 4 und 8 beibehalten wurde, zusammen mit den schriftlichen Erklärungen zu den Änderungsanträgen und den privaten Abstimmungen zu ihrer Verteidigung in der Plenarsitzung⁴⁴ Insbesondere die Gemischte Parlamentsgruppe erklärte sich bereit, die Änderungsanträge 137⁴⁵ und 141⁴⁶ im Plenum

43 Verfügbar auf: [Sesión n.º 5 de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados](#) (letzter Aufruf am 26. Juni 2024)

44 Verfügbar auf: [121/000006 Proyecto de Ley Orgánica del Derecho de Defensa](#). (letzter Aufruf am 4. Juli 2024)

45 [Z]ur Gewährleistung der Qualität und Zugänglichkeit des anwaltlichen Beistands oder der rechtlichen Beratung, wenn dieser aufgrund des Anspruchs des Empfängers auf sein Recht auf Prozesskostenhilfe geleistet wird, der Dienstleistungsträger ein angemessenes System der Ausbildung, des Zugangs, der Vergütung und der sozialen Rechte für die ausführenden Fachkräfte sicherzustellen hat“.

46 “[U]m eine angemessene Erbringung des Dienstes durch die Angehörigen der Anwaltschaft und der Staatsanwaltschaft zu gewährleisten, werden die für den Bereich Justiz zuständigen Verwaltungen ein Protokoll zur Betreuung festgenommener Personen entwickeln, das den genannten anwaltlichen Beistand sowie die aus ihm abgeleiteten Rechte wirksam gewährleistet“

erneut zu erörtern und darüber abzustimmen. Auf der 54. außerordentlichen Plenartagung am 11. Juli 2024⁴⁷ wurden diese Änderungsanträge jedoch mit 18 Ja-Stimmen, 321 Nein-Stimmen und 7 Enthaltungen abgelehnt.

Am 17. Juli 2024 veröffentlichte das Plenum des Abgeordnetenhauses den angenommenen⁴⁸ PLODF im BOCG und leitete ihn an den Senat⁴⁹ weiter, wobei der vom Justizausschuss vorgegebene Wortlaut der Artikel 4 und 8 beibehalten wurde.

Daraufhin wurden am 16. September 2024 die von den Senatoren der verschiedenen Parlamentariergruppen⁵⁰ vorgeschlagenen Änderungen im BOCG veröffentlicht. Unverständlicherweise formulierte die Volkspartei-Parlamentsgruppe im Senat den Änderungsantrag Nr. 24 zu Artikel 4, in dem sie vorschlug, “wirksamen Rechtsbeistand” durch “Rechtsbeistand” zu ersetzen. Damit nicht genug, wurde dieser Änderungsantrag in dem Justizausschuss vorgelegten Bericht mehrheitlich angenommen und im BOCG am 23. September 2024^{51,52}

47 Verfügbar auf: [Sesión plenaria n.º 54 del Pleno y la Diputación Permanente](#) (letzter Aufruf am 30. Juli 2024)

48 Verfügbar auf: [121/000006 Proyecto de Ley Orgánica del derecho de defensa](#) (letzter Aufruf am 30. Juli 2024)

49 Verfügbar auf: [Texto remitido por el Congreso de los Diputados](#) (letzter Aufruf am 30. Juli 2024)

50 Verfügbar auf: [Enmiendas](#) (letzter Aufruf am 7. Oktober 2024)

51 Verfügbar auf: [Informe de la Ponencia](#) (letzter Aufruf am 7. Oktober 2024)

52 “Natürliche und juristische Personen haben das Recht, bei der Ausübung ihres Rechts auf Verteidigung angemessenen Rechtsbeistand zu erhalten. Das durch dieses Gebot garantierte Recht auf **Rechtsbeistand** schließt auch das Recht ein, die

veröffentlicht wurde. Ohne in Wortklaubereien zu verfallen, da der wesentliche Inhalt des Rechts auf anwaltlichen Beistand impliziert, dass diese wirksam sein muss, ist die Streichung eines solchen Adjektivs symptomatisch für das geringe Interesse, die Wirksamkeit des anwaltlichen Beistands in Spanien zu gewährleisten.

Die jüngste Verabschiedung der LODD lässt also die in dieser Monografie aufgeworfenen Probleme unbeschädigt, auch wenn die Forderung nach einer "kontinuierlichen und spezialisierten juristischen Fortbildung je nach Fall" zweifellos einen Fortschritt darstellt. Es bestehen jedoch mehr Zweifel als Gewissheiten, da die Bestimmung sehr allgemein gehalten ist und vor allem keine Konsequenzen für die Nichteinhaltung der Fortbildungspflicht vorgesehen sind, was im Gegensatz zu der Fortbildungspflicht steht, die das Gesetz zur Verhinderung der Geldwäsche⁵³ den Verpflichteten (einschließlich der Rechtsanwälte im außerprozessualen Bereich⁵⁴) auferlegt, und zu

notwendigen Anpassungen vorzunehmen oder zu beantragen, um das Recht auf kognitive Zugänglichkeit von Menschen mit geistigen und entwicklungsbedingten Behinderungen zu dem Rechtsverfahren, an dem sie teilnehmen, zu gewährleisten, was den Einsatz fachlicher, personeller oder fachlicher Mittel erfordert, um die Wirksamkeit dieses Rechts zu gewährleisten" (Hervorhebung im Original).

- 53 Gesetz 10/2010 vom 28. April 2010 zur Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung.
- 54 Artikel 2.1 Absatz (ñ) umfasst „Rechtsanwälte, Notare oder andere Freiberufler, wenn sie im Namen von Kunden Geschäfte im Zusammenhang mit dem Erwerb oder der Veräußerung von Immobilien oder Unternehmen, der Verwaltung von Geldern, Wertpapieren oder anderen Vermögenswerten, der Eröffnung oder Verwaltung von Girokonten, Sparkonten oder Wertpapierdepots, die Organisation von Beiträgen, die für die

den abschreckenden Sanktionen.⁵⁵ Die LODD ist zweifelsohne eine verpasste Gelegenheit.

3.2.- BLICK AUF DIE VEREINIGTEN STAATEN VON AMERIKA: DER *Strickland*-STANDARD

Im Urteil *Strickland gegen Washington*⁵⁶ hat der Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten einheitliche Standards entwickelt, um festzustellen, ob eine Verurteilung

Gründung, den Betrieb oder die Verwaltung von Unternehmen oder die Gründung, den Betrieb oder die Verwaltung von Treuhandschaften, Personengesellschaften oder ähnlichen Strukturen erforderlich sind, oder wenn sie im Namen von Kunden bei Finanz- oder Immobilientransaktionen handeln.”

55 Artikel 57 des Gesetzes 10/2010 vom 28. April über die Verhinderung der Geldwäsche und der Finanzierung des Terrorismus sieht vor, dass “1. für die Begehung schwerer Straftaten folgende Strafen verhängt werden können: a) eine Geldstrafe von mindestens 60.000 Euro und maximal bis zu dem höheren der folgenden Beträge: 10 % des Jahresumsatzes des Verpflichteten, des Betrags des wirtschaftlichen Gehalts des Vorgangs plus 50 %, das Dreifache des aus der Zuwiderhandlung erzielten Gewinns, wenn dieser ermittelt werden kann, oder 5.000.000 Euro. Für die Berechnung des Jahresumsatzes gelten die Bestimmungen von Artikel 56.2. b) Öffentlicher Verweis. c) Privater Verweis. d) Vorübergehende Aussetzung derjenigen Unternehmen, die einer behördlichen Betriebsgenehmigung unterliegen. Die unter Buchstabe a) vorgesehene Sanktion, die in jedem Fall zwingend sein muss, wird gleichzeitig mit einer der unter den Buchstaben b) bis d) vorgesehenen Sanktionen verhängt (...) 4. In allen Fällen werden die verhängten Sanktionen mit einer Ermahnung an den Zuwiderhandelnden verbunden, sein Verhalten einzustellen und von einer Wiederholung abzusehen.

56 466 U.S. 668 (1984).

wegen Unwirksamkeit des anwaltlichen Beistands aufgehoben werden sollte oder nicht.⁵⁷

Nach der Betonung, „dass die bloße Anwesenheit eines als Anwalt tätigen Menschen neben dem Angeklagten während des Prozesses nicht ausreicht, um dem verfassungsrechtlichen Gebot zu genügen“, und dass „der Sechste Zusatzartikel das Recht auf anwaltlichen Beistand anerkennt, da der Anwalt eine wesentliche Rolle dafür spielt, dass das gegnerische System gerechte Resultate produzieren kann, erklärte der Oberste Gerichtshof: „1. Das Recht auf anwaltlichen Beistand gemäß dem Sechsten Zusatzartikel ist das Recht auf wirksamen anwaltlichen Beistand; und der Maßstab, um jeden Vorwurf mangelnder Wirksamkeit zu beurteilen, muss sein, ob das Verhalten des Verteidigers das ordnungsgemäße Funktionieren des gegnerischen Verfahrens derart untergraben hat, dass nicht darauf vertraut werden kann, dass das Urteil ein gerechtes Ergebnis erbracht habe.“

Das Gericht führte weiter aus: „Die Behauptung eines verurteilten Angeklagten, dass der anwaltliche Beistand so mangelhaft war, dass eine Aufhebung des Urteils oder eine Aufhebung des Todesurteils erforderlich ist, erfordert, dass der Angeklagte erstens nachweist, dass die Leistung des Anwalts mangelhaft war und zweitens,

57 VANBUREN, S.K., „The Ineffective Assistance of Counsel Quandry: The Debate Continues Strickland v. Washington,“ *Akron Law Review*, Vol. 18, Iss. 2, Artikel 8, 1985, S. 337, bedauert, dass der Oberste Gerichtshof die Gelegenheit verpasst hat, einheitliche Standards für die Behandlung von Rechtsmitteln über angeblich unwirksamen anwaltlichen Beistand zu formulieren. Stattdessen argumentiert er, dass die festgelegten Standards „potenziell zu dem chaotischen und verwirrenden Zustand in den unteren Gerichten beitragen können“ (eigene Übersetzung).

und zweitens, die mangelhafte Leistung die Verteidigung in dem Maße beeinträchtigt hat, dass dem Angeklagten ein faires Verfahren vorenthalten wurde“.

Nach Ansicht des Obersten Gerichtshofs muss die richterliche Kontrolle der Leistung des Anwalts sehr zurückhaltend sein. Eine faire Bewertung der Leistung des Anwalts erfordert, dass alle Anstrengungen unternommen werden, um die verzerrenden Auswirkungen der Retrospektive zu beseitigen, die Umstände des beanstandeten Verhaltens des Anwalts zu rekonstruieren und das Verhalten aus der damaligen Sicht des Anwalts zu bewerten. Ein Gericht muss eine starke Vermutung zugeben, dass das Verhalten des Anwalts in den Bereich des “angemessenen professionellen Beistands“ fällt.

Schließlich betonte der Gerichtshof, dass “die Vorschriften keine automatischen Regeln aufstellen; die Frage muss sich letztlich auf die grundlegende Fairness des Verfahrens konzentrieren, dessen Ergebnis angefochten wird”.

Die persönliche Meinung von Richter MARSHALL ist sehr interessant: “Mein Einwand gegen die vom Gericht getroffene Entscheidung ist, dass sie so formbar ist, dass sie in der Praxis keine Auswirkungen haben wird und keine übermäßigen Unterschiede in der Auslegung und Anwendung des Sechsten Verfassungszusatzes durch die verschiedenen Gerichte bewirken wird. Anwälten und Gerichten vorzuschreiben, dass sich der Verteidiger eines Angeklagten “vernünftig” verhalten und wie ein “vernünftig kompetenter Anwalt” handeln muss, bedeutet praktisch nichts.

MARSHALL hat zu Recht die folgenden Fragen gestellt: Ist ein “angemessen kompetenter Anwalt” ein

angemessen kompetenter und angemessen vergüteter Vertragsanwalt oder ein angemessen kompetenter Pflichtanwalt? Es ist auch eine Tatsache, dass die Qualität der Vertretung, die gewöhnlichen Angeklagten in verschiedenen Teilen des Landes zur Verfügung steht, erheblich variiert. Sollte der vom Sechsten Verfassungszusatz geforderte Leistungsstandard von Ort zu Ort unterschiedlich sein? Er antwortete, dass "die Mehrheit keine Anhaltspunkte bietet, um diese Fragen angemessen zu beantworten".

Daher hat nach Ansicht dieses Richters, die ich voll und ganz teile, "jeder Angeklagte Anspruch auf ein Verfahren, in dem seine Interessen von einem fähigen Verteidiger energisch und gewissenhaft vertreten werden. Ein Prozess, in dem der Angeklagte keinen bedeutsamen Beistand im Umgang mit den Kräften des Staates erhält, stellt meiner Ansicht nach kein ordnungsgemäßes Verfahren dar".

Aber, wie PRIMUS, die Autorin, die sich in den USA am intensivsten mit diesem Thema befasst hat, kürzlich feststellte, ist die Analyse der möglichen Unwirksamkeit von anwaltlichem Beistand allein auf der Grundlage des *Strickland*-Standards jedoch eine kurzsichtige Perspektive der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs der USA, der bis zu vier Arten von Unwirksamkeit des anwaltlichen Beistands anerkannt hat, wobei der *Strickland*-Test nur für eine von ihnen nützlich ist.⁵⁸ Dies würde zum Teil erklären, warum sich der häufig verwendete Test als so schwer erfüllbar für die Rechtssuchenden erwiesen

58 PRIMUS, E.B., "Disaggregating Ineffective Assistance of Counsel Doctrine: Four Forms of Constitutional Ineffectiveness", *Stanford Law Review*, 72, 2020, S. 1581-1653.

hat,⁵⁹ die ihre Klage darauf hätten ausrichten können, in jedem Fall einen der drei anderen Standards zu erfüllen. Unwirksamen anwaltlichen Beistand kann strukturell oder persönlich bedingt sein. Sie kann auch episodisch oder generalisiert sein. PRIMUS weist darauf hin, dass diese beiden Unterscheidungen zusammenwirken, so dass ein unwirksamer anwaltlicher Beistand strukturell und episodisch, strukturell und allgemein, persönlich und episodisch oder persönlich und allgemein sein kann. Der *Strickland*-Test würde bei richtigem Verständnis nur für die persönliche und episodische Form gelten.

Ein Anwalt kann strukturell unwirksam sein, und zwar nicht aus eigenem Verschulden, sondern aufgrund externer Faktoren. Nehmen wir einen Pflichtverteidiger, der jährlich 19.000 Fälle zu bearbeiten hat, so dass er durchschnittlich sieben Minuten für jeden Fall aufwenden kann.⁶⁰

Die andere Unterscheidung, die PRIMUS trifft, nämlich die zwischen episodischer und allgemeiner Unwirksamkeit, bezieht sich nicht auf die Ursache der

59 Seit langem gilt die Doktrin, dass es praktisch unmöglich ist, Nichtigkeitsklagen auf der Grundlage von *Strickland* zu gewinnen. *Vid., ad exemplum*, BERGER, V.O., "The Supreme Court and Defense Counsel: Old Roads, New Paths— A Dead End?", *Columbia Law Review*, 86, 1986, S. 9-116.

60 Die Autorin führt weitere Beispiele aus der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs an, deren gemeinsamer Nenner darin besteht, dass es die Gerichte sind, die die Anwälte an der Ausübung ihrer Tätigkeit hindern (indem sie Vorfälle nicht zulassen, vorherige Befragungen verhindern usw.), aber ich bin der Ansicht, dass solche Fälle in dieser Forschung, die sich auf die Tätigkeit der Anwälte konzentriert, nicht berücksichtigt werden sollten, da die Verletzung der Grundrechte eindeutig dem Richter oder dem Gericht zuzuschreiben ist und es spezifische Rechtsmittel zu ihrer Bekämpfung gibt.

mangelhaften Leistung des Beistands, sondern vielmehr auf ihr Ausmaß im Fall eines bestimmten Angeklagten. Ein Anwalt, der eine Rechtsfrage missversteht oder in offensichtlicher Unkenntnis ist und es deshalb unterlässt, den Ausschluss offensichtlich rechtswidriger Beweismittel zu beantragen, ist in dieser Hinsicht unwirksam, aber eine solche Unwirksamkeit kann ein isoliertes Ereignis innerhalb eines Verfahrens sein, in dem der Anwalt ansonsten kompetent war. Erscheint ein Anwalt hingegen nicht zur Verhandlung, ist die Unwirksamkeit allgegenwärtig. Sie durchdringt das gesamte Verfahren und ist nicht auf einen einzelnen Aspekt beschränkt.

Die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zum Recht auf einen Anwalt nach dem Sechsten Verfassungszusatz erkennt im Wesentlichen diese vier verschiedenen Formen des unwirksamen anwaltlichen Beistands an (ohne die eigene Terminologie der Verfasserin zu verwenden, der es in einer lobenswerten Übung der Systematisierung gelingt, dem Leser die US-amerikanische Landschaft zu vermitteln). Was die Beweisführung betrifft, so sind die Anforderungen des Gerichtshofs je nach Art der Unwirksamkeit unterschiedlich, auch wenn die US-amerikanischen Gerichte gelegentlich jede Klage wegen unwirksamem anwaltlichen Beistand⁶¹ an *Strickland* weitergeleitet haben, wo die Beweisanforderungen für den Rechtssuchenden

61 Nicht umsonst ist es das Ziel des Artikels, „Prozessparteien, Gerichte und Wissenschaftler dazu anzuregen, bei der Analyse des Rechts auf wirksamen anwaltlichen Beistand sorgfältiger über die verschiedenen Formen der Unwirksamkeit nachzudenken“ (S. 1592, eigene Übersetzung).

strenger und die Rechtsprechung “*staatsfreundlicher*”⁶² sind, obwohl es sich um einen eindeutig strukturellen Fall handelt, der also nichts mit der Kompetenz des Anwalts oder seinen strategischen Entscheidungen zu tun hat.

Man braucht sich nur die Sachverhalte anzusehen, die zu den beiden berühmtesten Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs der USA über die (Un-)Wirksamkeit des anwaltlichen Beistands geführt haben, um zu erkennen, dass sie sich mit unterschiedlichen Fragen befassen. In dem viel beachteten *Strickland*-Urteil machte der Angeklagte, der wegen Entführung und Mordes zum Tode verurteilt worden war, geltend, dass sein Anwalt während des Prozesses unwirksam war, da er seiner Meinung nach mehrere Fehler begangen hatte (Unterlassungen, genau genommen), wie z. B. keine Vertagung zu beantragen, kein psychiatrisches Gutachten zu beantragen, keine Zeugen und andere Beweismittel vorzuschlagen oder die medizinischen Sachverständigen, die in der Verhandlung erschienen, nicht zu befragen. In dem Urteil in der Rechtssache *Cronic*⁶³ hingegen beauftragte das Gericht einen jungen Immobilienanwalt mit der Verteidigung eines Angeklagten, der des Postbetrugs beschuldigt wurde, und gab ihm 25 Tage Zeit für die Vorbereitung des Prozesses, obwohl der Anwalt mindestens 30 Tage beantragt hatte. Nach seiner Verurteilung in erster Instanz vertrat *Cronic* die Auffassung, dass angesichts der Komplexität, der ihm zur Last gelegten Straftaten, die seinem Anwalt für

62 Der Angeklagte muss nachweisen, dass ihm durch das Verhalten seines Anwalts ein Schaden entstanden ist, indem er “eine begründete Wahrscheinlichkeit, dass das Verfahren aufgrund der unprofessionellen Fehler des Anwalts zu einem anderen Ergebnis geführt hätte” (eigene Übersetzung)

63 USA gegen *Cronic*, 466 U.S. 648 (1984).

die Prozessvorbereitung zur Verfügung gestellte Zeit unzureichend war, was zu einem unwirksamen Beistand des Verteidigers führte.

3.3.- *Stricklands* AUSLADUNG VOR DEN SPANISCHEN GERICHTEN

Vor einigen wenigen Jahren hat die Zweite Kammer des Obersten Gerichtshofs in ihrem Urteil 383/2021 vom 5. Mai die von *Strickland* ausgehende Doktrin aufgegriffen und die Debatte über den *wirksamen* anwaltlichen Beistand präzisiert.⁶⁴ Dieser Entschluss geht von der Prämisse aus, dass der Verteidiger „kompetent“⁶⁵ sein muss und dass seine Beiordnung an sich „nicht die Wirksamkeit“ des Beistands für den Untersuchten oder Beschuldigten⁶⁶

64 Monate zuvor, in STS 47/2021 vom 21. Januar, hatte derselbe Richter bereits eine Anspielung auf *Strickland* gemacht und das Urteil und seine Bedeutung zitiert. Aufgrund der besonderen Umstände des Falles, in dem trotz des mangelhaften Charakters der zu prüfenden Berufung andere Angeklagte Plädoyers formuliert hatten, denen stattgegeben wurde und deren Argumentation auf den „wehrlosen“ Rechtsmittelführer angewandt wurde, oder der nicht auf eine minimal wirksame Art und Weise unterstützt wurde, musste sich das hohe Gericht nicht mit dem Grundrecht auf anwaltlichen Beistand befassen.

65 Unter Berufung auf das Urteil *Engle gegen Isaac*, 456 US 844 (1977), des Obersten Gerichtshofs der Vereinigten Staaten von Amerika, der daran erinnert, dass der Sechste Verfassungszusatz „das Recht auf Beistand durch einen kompetenten Verteidiger“ garantiert (STS 383/2021, FJ. 2.3).

66 Der Beschluss des Obersten Rates vom 7. Juli 2017 erinnerte an die Rechtsprechung des EGMR - Urteil *Airey* vom 9. Oktober 1979, Rechtssache *Ártico gegen Italien* vom 13. Mai 1980 und *Kamasinski gegen Österreich* vom 19. Dezember 1989 - um zu erklären, dass „die bloße Beiordnung eines Rechtsanwalts an sich noch keine Garantie für die Wirksamkeit seines Beistands darstellt“ (FJ. 3°)

gewährleistet, so dass die Bedingungen des Rechts auf Rechtsbeistand “die Festlegung von Bedingungen erfordern, die seine Wirksamkeit gewährleisten”, und diese sind “sowohl für die Behörden als auch für die Fachleute, denen der Beistand anvertraut wird, verbindlich.

In diesem Urteil heißt es weiter: “Wie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte betont, *mus*s der Staat dafür Sorge tragen, dass [Personen, die anwaltlichen Beistand benötigen] in den tatsächlichen und wirksamen Genuss der durch Artikel 6 EMRK garantierten Rechte kommen. Es muss ein angemessener institutioneller Rahmen vorhanden sein, um eine wirksame rechtliche Vertretung für die Berechtigten und einen ausreichenden Schutz ihrer Interessen zu gewährleisten“ -vid. EGMR, *Staroszczyk gegen Polen*, 22. März 2007; *Bakowska gegen Polen*, 12. Januar 2010. (FJ. 2.3).

Der Beschluss vom 7. Juli 2017, der die Rechtsprechung des EGMR - *Kamasinski* gegen Österreich, vom 19. Dezember 1989 und *Mayzit* gegen Russland, vom 20. Januar 2005 - übernimmt, unterstreicht die aus Artikel 6.3 c) der Europäischen Konvention abgeleitete Verpflichtung für “die zuständigen nationalen Behörden, einzugreifen, wenn offensichtlich ist, dass der Rechtsbeistand nicht tätig geworden ist, d.h., wenn er bei seinem Versuch, seinen Mandanten wirksam zu vertreten, in offensichtlicher oder hinreichend aussagekräftiger Weise versagt” (FJ. 3°).

Für das Oberste Gerichtshof erstreckt sich die Wirksamkeit der in der Norm enthaltenen Berufspflichten, als auch auf den “Grad der fachlichen Angemessenheit der zur Verteidigung entfalteten Tätigkeit”. Während der erste Prüfungsmaßstab keine Schwierigkeiten bietet, bereitet hingegen die Bestimmung, ab wann ein berufliches Handeln “wegen fachlicher Unzulänglichkeit als unwirksam” einzustufen ist, erhebliche Probleme.

Damit eine “mangelnde Wirksamkeit der Verteidigung” das Verteidigungsrecht beeinträchtigen kann, muss dieser Mangel “offenkundig” sein (STS 383/2021, FJ. 2.4).

Nach Ansicht des hängt die Wirksamkeit des Rechts auf Verteidigung von den durch die Vorschrift begründeten und vom “Grad der fachlichen Angemessenheit der zu Verteidigungszwecken ausgeübten Tätigkeit” ab. Der erste Kanon bereitet keine Schwierigkeiten, wohl aber die Bestimmung, wann eine berufliche Tätigkeit “unwirksam ist, weil sie fachlich unzureichend ist”. Der “Mangel” an ‘Verteidigungswirksamkeit’ muss, um das Recht auf Verteidigung zu beeinträchtigen, “offenkundig” sein⁶⁷ (STS 383/2021, FJ 2.4).

In diesem Zusammenhang greift die Zweite Kammer zur “Bewertung der fachlichen Kompetenz” und der “defensiven Inkompetenz” angesichts des Regelungsvakuums⁶⁸ auf den sogenannten Strickland-Standard zurück.

Um festzustellen, ob die Kompetenz der Verteidigung in einer “angemessenen professionellen Unterstützung

67 Der TS stützt sich auf die Rechtsprechung des EGMR, wonach die Unabhängigkeit und Autonomie der Berufsausübung zu respektieren ist, es sei denn, es liegt ein offensichtlicher Mangel des [‘Pflicht-’]Anwalts vor“ (FJ. 2.4).

68 Der TS bedauert zu Recht, dass der Königliche Erlass 135/2021 vom 2. März über das Statut der Anwaltskammer „keinen objektiven Bewertungsmaßstab für die Unwirksamkeit der Verteidigung enthält“. Es beschränkt sich lediglich darauf, “Sanktionsformeln für Pflichtverletzungen zu regeln, wie zum Beispiel die in Artikel 126 g) enthaltene, die als geringfügiges Vergehen die “Nichtbeachtung der Sorgfaltspflicht in Bezug auf Angelegenheiten eingestuft wird, die sich aus dem Prozesskostenhilfedienst ergeben, wenn die Verletzung keine schwere oder sehr schwere Straftat darstellt” (FJ. 2.7).

im Lichte der vorherrschenden beruflichen Normen und Standards“ bestand, muss man: “erstens einen objektiven Maßstab für die Angemessenheit des Verhaltens festlegen; zweitens von der starken Vermutung ausgehen, dass das Verhalten des Anwalts dem objektiven Maßstab entspricht; drittens feststellen, ob der beauftragte Anwalt alle angemessenen Ermittlungen [Verfahren] durchgeführt hat oder die Gründe, warum einige Ermittlungen [Verfahren] unnötig sind. Strategische Entscheidungen, die als Ergebnis einer angemessenen Untersuchung getroffen werden, sind angesichts der in der jeweiligen Situation möglichen Optionen nicht anfechtbar. Strategische Entscheidungen, die nach einer unvollständigen Untersuchung getroffen werden, sollten hingegen nur als vernünftig eingestuft werden, wenn die objektive Leistungsstandards eine solche defensive Beschränkung rechtfertigen; viertens sollte die Messung defensiver Mängel zum Zeitpunkt des Beistands erfolgen, und eine retrospektive Analyse sollte abgelehnt werden. Eine zu strenge nachträgliche Prüfung würde nicht nur zu einer Vermehrung von Klagen wegen unwirksamer Unterstützung führen, sondern auch den unerwünschten Effekt haben, dass “Anwälte ihre Hauptaufgabe, die Sache des Angeklagten energisch zu verteidigen, einschränken”, indem sie konventionellere und konservativere Strategien anwenden. Der Anwalt muss daher einen “großen Spielraum” haben, um “vernünftige taktische Entscheidungen” zu treffen (STS 383/2021, FJ 2.5.).

Der TS kommt zu dem Schluss, dass „wenn mangelndes Interesse, Nachlässigkeit, fachliche Fehler oder Unerfahrenheit, der für eine angemessene Verteidigung beauftragten Fachleute diese ihres wesentlichen Inhalts berauben, die verfassungsrechtlich verbotene Wirkung

der Verteidigungslosigkeit nicht ausgeschlossen werden kann" (STS 383/2021, FJ. 8).

In diesem Urteil wird darauf hingewiesen, dass "Verteidigungskosten, die sich aus Fehlern oder unwirksamen Verfahren ergeben, von der Partei zu tragen sind", es sei denn, "dass sie den verfassungsrechtlich geschützten Kern des Rechts auf ein faires Verfahren nicht irreduzibel und ernsthaft beeinträchtigen, und vorausgesetzt, dass die Justizbehörden bei offensichtlichen Mängeln, das Recht auf wirksamen anwaltlichen Beistand zu gewährleisten, untätig geblieben sind - siehe hierzu EGMR, Rechtssache Feilazoo gegen Malta vom 11. März 2021, in der die Artikel 6 und 34, beide EMRK, wegen unwirksamer Verteidigung für verletzt erklärt wurden, da das nationale Gericht keine Korrekturmechanismen aktiviert hat, obwohl es schwerwiegende Verstöße des beigeordneten Anwalts feststellen konnte, wie das Fehlen jeglichen Kontakts zur Verteidigung, das Versäumnis, die unterstützte Person über die Entwicklung des Verfahrens zu informieren, die Passivität und das Verlassen des Dienstes der Verteidigung bevor ein neuer Anwalt beigeordnet worden ist, usw. ", (FJ. 2.8). In diesem Zusammenhang stellte der Gerichtshof in der Rechtssache EGMR, Vasenin gegen Russland, 21. Juni 2016, fest, dass "die Wirksamkeit der Prozesskostenhilfe zwar nicht notwendigerweise ein proaktives Vorgehen des Rechtsbeistands erfordert und die Qualität der Rechtsberatung nicht an der Zahl der Anträge oder Einwände gemessen werden kann, die der Rechtsbeistand vor Gericht stellt, ein offensichtlich passives Verhalten jedoch zumindest ernsthafte Zweifel an der Wirksamkeit der Verteidigung aufkommen lassen könnte".

Es besteht kein Zweifel daran, dass die Zweite Kammer zu Recht die Analyse der Leistung des Anwalts⁶⁹ *ex ante* gestellt und eine *ex post* (“übermäßig strenge”) Prüfung vermieden hat, denn wenn der Richter oder das Gericht die *a posteriori* gewonnenen Erkenntnisse nicht außer Acht lässt, d. h., wenn die sachkundige Verteidigung ‚gescheitert‘ ist, besteht ein hohes Risiko, dass es zu einer so genannten retrospektiven Voreingenommenheit (*hindsight bias*⁷⁰ kommt. Eng verbunden mit diesem ist die Resultats-Voreingenommenheit (*outcome bias*,⁷¹ der leicht die Sicht derjenigen trüben kann, die aus einer

69 Wie bei jeder anderen Entscheidung unter unsicheren Bedingungen ist zu bedenken, dass sie in der Regel in einem Kontext begrenzter Rationalität getroffen wurde (bounded rationality). Zu diesem Thema siehe die ursprüngliche und frühe Arbeit von SIMON, H., “A Behavioral Model of Rational Choice”, *The Quarterly Journal of Economics* 69 (1), 1955, S. 99-118. Im nationalen Bereich – und obwohl sie sich in den anspruchsvollen Kategorien der objektiven Zurechnung im Strafrecht bewegt, die zweifellos weit vom Gegenstand dieser Arbeit entfernt liegen – ist der umfassende Beitrag von ALONSO GALLO, J., ‘Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el derecho penal’, *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, Nr. 4/2011, von höchstem Interesse.”

70 Vid. FISCHHOFF, B., „Hindsight ≠ Foresight: The Effect of Outcome Knowledge on Judgment under Uncertainty“, *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance* 1 (3), 1975, S. 288. Im Bereich des Strafrechts stechen die Erläuterungen von LUHMANN, N. hervor, *Soziologie des Risikos, De Gruyter*, Berlin, 1991, S. 21; und ROBINSON, P. H., *Structure and Function in Criminal Law*, Clarendon Press, Clarendon Press, Oxford, 1997, S. 153.

71 In ihrem Interesse sehen Sie GINO, F., MOORE, D.A., & BAZERMAN, M.H., “No harm, no foul: The outcome bias in ethical judgments”, *Harvard Business School*, Working Paper 08-080, 2008; y STROHMAIER, N., PLUUT, H., VAN DER BOS, K., ADRIAANSE, J. & VRIESENDORP, R., “Hindsight bias and outcome bias in judging directors’ liability and the

Ex-post-Position heraus ein *Ex-ante*.⁷² Es ist jedoch klar, dass der Oberste Gerichtshof vorsichtig war, als er ein Rechtsmittel über die mögliche Unwirksamkeit des anwaltlichen Beistands eröffnete. Meines Erachtens ist es zwar verständlich, aber die Verhinderung einer möglicherweise missbräuchlichen Lawine ist kein ausreichender Grund, den Schutz des harten Kerns des Grundrechts auf Verteidigung zu lockern, zumal das LOPJ selbst in Artikel 11.2 ausdrücklich die Ablehnung von Anträgen vorsieht, “die unter offenkundigem Rechtsmissbrauch gestellt werden oder einen Rechts- oder Verfahrensbetrug beinhalten”.

Im Beschluss der Zweiten Kammer des Obersten Gerichtshofs vom 7. Juli 2017 wird gewarnt, dass die richterliche Aufsichtspflicht “keinen Durchgang eröffnen darf, der eine richterliche Einmischung in die Einzelheiten der Verteidigungsstrategie nach sich zieht”, was als Mindeststandards für die Wirksamkeit des anwaltlichen Beistands angesehen werden könnte:

“Die Prüfung, ob die Verteidigung mit einem tatsächlichen wesentlichen Inhalt ausgestattet ist (insbesondere wenn der Angeklagte ihre Unwirksamkeit nicht rügt oder mit der Art ihrer Ausübung nicht einverstanden ist), bedeutet es zu bestätigen, dass

role of free will beliefs”, *Journal of Applied Social Psychology*, Wiley Periodicals LLC, 2021, 51, S. 141-158.

72 Über beide Voreingennommenschaften ist die einfache Erklärung von SILVA SÁNCHEZ, J. M. nützlich. Im Editorial „A toro pasado, ...cuidado con los sesgos cognitivos”, Indret: *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3/2021. Auch die Arbeit von MUÑOZ ARANGUREN, A., “La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación”, Indret: *Revista para el análisis del Derecho*, Nr. 2/2011.

der Angeklagte mit seinem anwaltlichen Beistand kommunizieren kann, wobei zugleich festzustellen ist: 1°) dass der Anwalt die prozessuale Tätigkeit, die in vergleichbaren Verfahren üblicherweise zu beobachten ist, nicht vernachlässigt hat, und; 2°) dass die eingesetzten Verteidigungsinstrumente eine gewisse prozessuale Wirksamkeit aufweisen.“

Im Auslieferungsbereich stützte sich der Beschluss der Vierten Strafkammer des Obersten Gerichtshofs 544/2021 vom 24. September auf die *Strickland*-Doktrin, um die Unterlassung einer Kontradiktion oder eines Protests der Pflichtverteidigerin in der Anhörung zu relativieren. Es ging darum, dass das Amtsgericht (*Juzgado Central de Instrucción*) die gesuchten Person gegenüber nicht über ihr Recht, im Ausstellungsstaat einen Rechtsanwalt zu beordnen, der den anwaltlichen Beistand im Vollstreckungsstaat unterstützen kann, informiert hat. Eine solche Passivität hinderte daher nicht die erfolgreiche geltend gemachte Nichtigkeit, die von der sachkundigen Verteidigung beantragt wurde. Tatsächlich war das Gericht der Auffassung, dass dieses Unterlassen den verfassungsrechtlich geschützten Kern des Rechts auf Verteidigung durch einen wirksamen anwaltlichen Beistand beeinträchtigte – ein Aspekt, der in einem Verfahren aufgrund eines vom Vereinigten Königreich übermittelten Europäischen Haft- und Auslieferungsbefehls von besonderer Bedeutung ist.“

Meines Erachtens macht es keinen Sinn, dass der Oberste Gerichtshof es in seinem *leading case* (STS 383/2021 vom 5. Mai) für notwendig erachtet hat, auf Präzedenzfälle aus den Vereinigten Staaten von Amerika (*Strickland*) und in geringerem Maße auf die Rechtsprechung des EGMR (*Saknovski* gegen

Russland,⁷³ vom 2. November 2010⁷³) zurückzugreifen, ohne sich auf die hermeneutische Leitfaden des Verfassungsgerichts stützen zu können, dessen Doktrin selbstverständlich zwingend einzuhalten ist (Artikel 1.1 und 2.2 der Verfassung). Es fehlt eine verfassungsrechtliche Doktrin zur (Un-)Wirksamkeit des anwaltlichen Beistands. In der Verfassungsbeschwerde 7890-2022, in der die Notwendigkeit einer Doktrin des Gerichtshofs der Garantien zu dieser Frage aufgeworfen wurde, wies der Verfassungsgerichtshof den Antrag jedoch mit der Begründung zurück, dass er “die besondere verfassungsrechtliche Transzendenz, die Art. 50.1.b) LOTC als Voraussetzung für seine Zulassung verlangt, nicht anerkennt”. In dieser Rechtssache wurde der Beschluss 716/2022 der Ersten Strafkammer der *Audiencia Nacional* vom 22. November angefochten, mit dem das gegen den Beschluss des Amtsgerichts (*Juzgado Central de Instrucción*) Nr. 5 vom 29. Oktober 2022 eingelegte Rechtsmittel zurückgewiesen worden war. Mit diesem Beschluss war der Vollstreckung des von den deutschen Behörden ausgestellten Europäischen Haftbefehls gegen die gesuchte Person zum Zwecke der Strafverfolgung stattgegeben worden.

In der oben genannten Beschwerde wurde behauptet, dass der Richter in der in Artikel 51 des Gesetzes 23/2014 (“Anhörung des Häftlings und Entscheidung über die Übergabe”) vorgesehenen Anhörung den Gesuchten

73 In diesem Fall kam der EGMR zu dem Schluss, dass die vom Obersten Gerichtshof getroffenen Vorkehrungen (wie die Beiordnung eines Anwalts vor der Anhörung ohne ausreichende Vorbereitungszeit oder die Organisation eines Videoanrufs, bei dem der Angeklagte mit seinem Anwalt kommunizieren konnte) unzureichend waren und keinen wirksamen Rechtsbeistand für den Rechtsmittelführer gewährleisteten.

nur nach seinem Namen und danach gefragt hat, “ob er damit einverstanden ist und akzeptiert, übergeben zu werden”, aber zu keinem Zeitpunkt den Häftling über den Inhalt des gegen ihn ausgestellten Europäischen Haftbefehls informiert hat. Das heißt, das Gericht hat es nicht nur versäumt, die gesuchte Person über den Inhalt des begrenzten “SIS-Formulars” zu informieren, das zur Verhaftung geführt hatte, sondern auch, ihr den *einzigsten Titel* mitzuteilen oder zur Verfügung zu stellen, auf den sich das Auslieferungsverfahren stützen muss: das Formular des Europäischen Haftbefehls gemäß Artikel 36 des Gesetzes 23/2014.

Der Pflichtverteidiger, der dem Angeklagten zur Seite stand, verfügte ebenfalls nicht über das Formular des vorgenannten Artikels 36, und die Anhörungen zu den Artikeln 51 und 53 des Gesetzes 23/2014 wurden ohne Unterbrechung in kaum zwei Minuten abgewickelt. Kurzum, der Angeklagte war im Moment seiner Vorführung vor Gericht absolut wehrlos, da er zum *Zeitpunkt der Anhörung* nach Artikel 51 nicht über die elementarsten Informationen verfügte, um das mögliche Vorliegen von Gründen für die Verweigerung der Übergabe (Formular nach Artikel 36) festzustellen, noch dazu mit Duldung seines damaligen Verteidigers: Das Recht auf Verteidigung im Allgemeinen und die Anhörung nach Artikel 51 im Besonderen waren inhaltsleer, da sie sich als bloßes formalistisches Verfahrensgezedere entpuppten. Der anwaltliche Beistand war, kurz gesagt, völlig augenscheinlich und unwirksam.

Im vorliegenden Fall hätte der damalige Verteidiger des Antragstellers auf Verfassungsbeschwerde die Ablehnung des EHB wegen des Fehlens eines Titels und von Elementen beantragen müssen, die das Vorliegen von

Gründen für die Zustimmung zur Übergabe der gesuchten Person rechtfertigen. Zusätzlich die Aussetzung der Verhandlung zur Kenntnisnahme des Verfahrens und natürlich des Formulars, das in jedem Fall noch nicht in der Akte enthalten war, was die Staatsanwaltschaft dazu veranlasste, ihre Position hinsichtlich des möglichen Vorliegens von Gründen für die Ablehnung der Übergabe zu konditionieren (“Mit den Informationen, die wir im Moment haben”). Darüber hinaus war es für den Pflichtverteidiger schwierig, nicht nur das Vorliegen von Ablehnungsgründen anzufechten, sondern vor allem auch die Rechtmäßigkeit der Inhaftierung im Sinne der Artikel 51.1 *in fine* des Gesetzes 23/2014 (das das Recht auf Verteidigung garantiert und ausdrücklich auf LECrim verweist^{74,75}) und 7. 1 der Richtlinie 2012/13/EU des

- 74 In diesem Zusammenhang sind die Bestimmungen der Artikel 118 Absatz 1 b) und 520 Absatz 2 d) LECrim von grundlegender Bedeutung, die dem Verletzten eines Strafverfahrens das Recht auf rechtzeitige Einsichtnahme in das Verfahren und vor allem vor der Aussage, sowie das Recht auf Zugang zu den wesentlichen Elementen zur Anfechtung der Festnahme garantieren.
- 75 Die STC 180/2020 vom 14. Dezember argumentiert, dass “damit der Festgenommene oder Gefangene die Rechtmäßigkeit der Maßnahme anfechten kann, muss er unverzüglich und angemessen über die tatsächlichen und rechtlichen Gründe auf denen die Maßnahme beruht informiert werden, so dass das Recht, die Rechtmäßigkeit der Maßnahme anzufechten, ohne wirksame Substanz ist, wenn diese Information nicht erteilt wird (EGMR vom 12. April 2005, *Shamayev et al. gegen Georgien und Russland*, § 413 und 433; 13. Juli 2010, *Dbouba gegen die Türkei*, § 54). Wie wir später noch betonen werden, führt das Fehlen einer angemessenen Kenntnis der wesentlichen Elemente der Akte, um die Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung anzufechten, eine *Verletzung* des Rechts auf gerichtliche Überprüfung der Rechtmäßigkeit der freiheitsentziehenden Maßnahme gemäß Artikel 5.4 EMRK bedeutet”.

Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2012 über das Recht auf Information in Strafverfahren (gemäß Artikel 2.1 *in fine* ausdrücklich anwendbar auf EHB-Verfahren).⁷⁶

Zum Glück beantragte die Staatsanwaltschaft die vorläufige Freilassung des Angeklagten, was jedoch nicht das Fehlen wesentlicher Informationen ausgleicht, die auch aus diesem Grund vom ehemaligen Verteidiger hätten angefordert werden müssen. Eine logische Voraussetzung für eine minimale Verteidigung des Angeklagten war die Vorlage des EHB-Formulars.

Das Gesetz 23/2014 schreibt nicht die Schnelligkeit vor, mit der es in diesem Fall gehandelt hat, obwohl die Staatsanwaltschaft und die Verteidigung nicht über das notwendige Mindestmaß an Material verfügten, um die Ablehnungsgründe vorzubringen. Darüber hinaus kollidiert eine solche Auslegung frontal mit der richterlichen Pflicht gemäß Artikel 7 LOPJ, der die Gerichte dazu verpflichtet, die Grundrechte zu schützen, indem sie jegliche Verteidigungslosigkeit im folgenden Sinne vermeiden:

“1. Die in Titel I Kapitel 2 der Verfassung anerkannten Rechte und Freiheiten sind in ihrer Gesamtheit für alle Richter und Gerichte verbindlich und werden unter deren wirksamer Aufsicht gewährleistet.

76 “Wird eine Person in irgendeinem Stadium eines Strafverfahrens festgenommen oder inhaftiert, so stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass die festgenommene Person oder ihr Anwalt die Unterlagen zu den Akten des konkreten Falles erhält, die sich im Besitz der zuständigen Behörden befinden und die für eine wirksame Anfechtung der Rechtmäßigkeit der Festnahme oder Inhaftierung im Einklang mit dem innerstaatlichen Recht unerlässlich sind.”

2. Insbesondere werden die in Artikel 53.2 der Verfassung genannten Rechte in jedem Fall gemäß ihrem verfassungsmäßig erklärten Inhalt anerkannt, und gerichtliche Entscheidungen dürfen diesen Inhalt nicht einschränken, schmälern oder unzulässig machen.

3. Die Gerichte schützen die legitimen individuellen und kollektiven Rechte und Interessen, und es darf unter keinen Umständen zu einer Verteidigungslosigkeit kommen darf.

(...)”.

Wenn das Gesetz ein Formular mit bestimmten Abschnitten vorschreibt (Artikel 36 des Gesetzes 23/2014⁷⁷) und sogar festlegt, dass dessen Fehlen oder Mangelhaftigkeit das Scheitern des europäischen Auslieferungsverfahrens bedingt (Artikel 32.1.c des viel

77 “Der Europäische Haftbefehl wird, auf dem in Anhang I wiedergegebenen Formblatt dokumentiert, das ausdrücklich die folgenden Angaben enthält

- a) Die Identität und Staatsangehörigkeit der gesuchten Person.
- b) Name, Anschrift, Telefon- und Faxnummer sowie E-Mail-Adresse der ausstellenden Justizbehörde.
- c) Angabe des Vorliegens eines rechtskräftigen Urteils, eines Haftbefehls oder einer anderen vollstreckbaren gerichtlichen Entscheidung, die dieselbe Wirkung hat wie in diesem Titel vorgesehen
- d) Die Art und rechtliche Einstufung der Straftat.
- e) Beschreibung der Umstände, unter denen die Straftat begangen wurde, einschließlich Zeit, Ort und Grad der Beteiligung der gesuchten Person an der Straftat.
- (f) die verhängte Strafe, falls es sich um eine rechtskräftige Strafe handelt, oder den gesetzlich vorgesehenen Strafrahmen für diese Straftat.
- (g) wenn möglich, andere Folgen der Straftat.”

diskutierten Gesetzes⁷⁸), unter anderem aus Gründen der Vereinheitlichung der Kriterien zwischen den Ländern, in denen dieses Verfahren der gegenseitigen Zusammenarbeit funktionieren muss, ist es, weil das Vorhandensein dieser Mechanismen keine Verschlechterung der Grundrechte und Verfahrensgarantien die alle Angeklagten haben, und auch keinen Verzicht auf die Funktion der Gerichtsbarkeit zulässt.

Die Berufungsinstanz –im Bewusstsein, dass *quod non est in actis non est in mundo*– erkannte schließlich die Möglichkeit an, dass das EHB-Formblatt dem Verteidiger des Beklagten zu diesem Zeitpunkt tatsächlich nicht ausgehändigt worden war (“ob das von den deutschen Behörden um 10.07 Uhr desselben Tages übermittelte EHB-Formblatt vor dem Erscheinen ausgehändigt worden war oder nicht”), behauptete aber letztendlich, dass keine Verteidigungslosigkeit durch die fehlende Zustellung von Schriftstücken verursacht worden sein konnte, da das EHB-Formblatt wie das SIRENE-Formblatt angeblich “die gleichen Daten” enthielten.

Mit dem Ziel die Verletzung der Grundrechte des Klägers auf wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz ohne Verteidigungslosigkeit zu beheben (Art. 24.1 CE),

78 Bestimmung, die in Bezug auf die „allgemeinen Gründe für die Verweigerung der Anerkennung oder Vollstreckung der beantragten Maßnahmen“ Folgendes vorsieht: “Die spanischen Justizbehörden erkennen übermittelte Anordnungen oder Entscheidungen in den für jeden Titel zur gegenseitigen Anerkennung geregelten Fällen nicht an oder vollstrecken sie nicht, [...] wenn das Formblatt oder die Bescheinigung, das bzw. die dem Antrag auf Erlass der Maßnahmen beizufügen ist, unvollständig oder offensichtlich unrichtig ist oder der Maßnahme nicht entspricht, oder wenn die Bescheinigung fehlt, unschädlich der Bestimmungen von Artikel 19”.

auf Verteidigung und auf ein faires Verfahren (Art. 24. 2 CE) ist es unerheblich, dass *ex post* eine angebliche Identität zwischen den beiden Formen festgestellt wurde, so dass die Rechtsmittelinstanz hätte prüfen müssen, ob der Angeklagte *ex ante*, zum Zeitpunkt seiner Übergabe, über die *wesentlichen* Elemente verfügte, um sich gegebenenfalls gegen die Übergabe zu wehren, und ob sein Verteidiger bei der Verteidigung seiner Interessen "kompetent" war oder nicht.

Wie dem auch sei, wirklich relevant ist, dass es nach der Konsolidierung des Rechts auf anwaltlichen Beistand in einer zunehmend spezialisierten und komplexen Welt an der Zeit ist, dass das Verfassungsgericht über die möglichen verfahrensrechtlichen Folgen eines *unwirksamen* anwaltlichen Beistands entscheidet, unabhängig davon, ob der Anwalt von Amt aus beigeordnet wurde oder vom Rechtssuchenden frei gewählt wurde. Es hat keinen Sinn, Rechte anzuerkennen und zu verkünden, wenn ihre wirksame Durchsetzung nicht überwacht wird und vor allem, wenn die Nichtbeachtung keine verfahrensrechtlichen Konsequenzen nach sich zieht.

3.4.- EINE VERGLEICHENDE TEILSCHLUSSFOLGERUNG

Während in Spanien dieser Weg noch nicht eröffnet wurde, ist es in den USA sehr üblich die Überprüfung von Verurteilungen (im weitesten Sinne, d. h. nicht nur im Wege der ordentlichen Berufung) wegen unwirksamen anwaltlichen Beistands zu beantragen. Dies geht so weit, dass sogar in den Handbüchern zum Strafvollzug immer ein Kapitel der Überprüfung von Urteilen

aufgrund der berühmten *“ineffective assistance of counsel”* gewidmet ist.⁷⁹

In der Tat beantragen viele Verurteilte die Überprüfung ihres Urteils mit der Begründung, dass sie aufgrund des Verhaltens ihres Verteidigers tatsächlich hilflos waren. Nach der besten Doktrin setzt ein erfolgreicher Antrag auf Überprüfung aus diesem Grund zum einen voraus, dass “der Verteidiger bei seiner Vertretung die beruflichen Standards nicht eingehalten hat”, und zum anderen, dass “eine ‚begründete Wahrscheinlichkeit‘ besteht, dass die mangelhafte Vertretung durch ihren Verteidiger das Urteil des Falles nachteilig beeinflusst hat”.⁸⁰

Die Rechtsprechung zu diesem Thema ist in den USA sehr breit (und sehr großzügig). Im Folgenden möchte ich eine Reihe von Fällen unzureichender Rechtsberatung hervorheben, die zur Aufhebung von Verurteilungen⁸¹ geführt haben und die –abgesehen vom ersten Fall–, falls sie eintreten sollten, meines Erachtens in Spanien keine verfahrensrechtlichen Konsequenzen für den durch die Handlungen seines Anwalts geschädigten Rechtssuchenden nach sich ziehen würden:

- 1.- “Anwalt”, der nicht zur Berufsausübung qualifiziert ist;
- 2.- Anwalt mit Interessenkonflikt;

79 Siehe - unter den neuesten und umfassendsten - Kapitel 12 des AAVV-Handbuchs, *A Jailhouse Lawyer’s Manual*, 12th Edition, Columbia Human Rights Law Review, 2020, S. 256-266.

80 AAVV, *A Jailhouse Lawyer’s ...*, *op. cit.* S. 256 (eigene Übersetzung).

81 AAVV, *A Jailhouse Lawyer’s ...*, *op. cit.* S. 263-265 (eigene Übersetzung).

- 3 - Anwalt, der keine Nachforschungen anstellt oder bestimmte Aufgaben der Prozessvorbereitung nicht durchführt;
- 4.- Anwalt, der bei der Auswahl der Geschworenen Fehler gemacht hat;
- 5.- Anwalt, der es versäumt hat, die seinem Mandanten zur Verfügung stehenden Verteidigungsmöglichkeiten zu verfolgen;
- 6.- Anwalt, der seinen Mandanten nicht ordnungsgemäß über eine Verständigungsvereinbarung im Strafverfahren beraten hat;
- 7.- Anwalt, der seinen Mandanten im Zusammenhang mit einer Verständigungsvereinbarung nicht über das Risiko der Abschiebung aufklärt, da dieser sich nicht rechtmäßig im Land aufhielt;
- 8.- Anwalt, der in der Verhandlung wichtige Beweismittel (im Wesentlichen Zeugen) nicht verwendet hat;
- 9.- Anwalt, der in der Verhandlung rechtswidrige Beweise der Gegenseite nicht angefochten hat;
- 10.- Anwalt, der nicht beantragt hat, dass die Geschworenen ordnungsgemäß belehrt werden;
- 11.- Anwalt, der es versäumt hat, gegen unregelmäßige Anweisungen an die Geschworenen zu protestieren;
- 12.- Anwalt, der keine Berufung einlegt;
- 13.- Anwalt, der es unterlassen hat, in seiner Berufung ein Argument vorzubringen, das die Chance hatte, bestätigt zu werden;
- 14.- Anwalt, dessen Prozessführung "einfach so schlecht war, dass sie unwirksam war".

Der äußerst weit gefasste Katalog der Gründe für Wiederaufnahmeverfahren und Urteilsaufhebungen in den USA steht in starkem Kontrast zu ihrer in

Spanien und im übrigen Teil der Mitgliedstaaten der Europäischen Union^{82,83} praktisch unbekanntem Existenz. Und in den wenigen Fällen, in denen ein Rechtsmittel wegen unwirksamen anwaltlichen Beistands nicht völlig ungewöhnlich war, haben sich die Gerichte eindeutig positioniert. Ein besonders aussagekräftiges Beispiel bietet das Urteil des Obersten Gerichtshofs Österreichs vom 30. Juni 2011:⁸⁴ In einem Fall der Vorlage falscher

82 Nach einer ersten erfolglosen Forschung stand ich in ständigem Kontakt mit Akademikern und Anwälten, die an Strafgerichten in Deutschland, Frankreich, Portugal, Luxemburg, den Niederlanden, Belgien, Italien und Griechenland tätig sind. Der gemeinsame Nenner der Antworten, die ich in den Gesprächen mit diesen Kollegen, denen ich für ihre Zeit sehr dankbar bin, erhalten habe, besteht darin, dass in ihren Rechtsordnungen die Frage des unwirksamen anwaltlichen Beistands gar nicht gestellt wird und es daher keine Entwicklung ihrer Ursachen und Folgen gibt. Es ist einfach, wie in Spanien, ein Tabuthema. Allenfalls in Deutschland wird die Frage des Prozessmissbrauchs durch Anwälte, denen Rechtsmissbrauch vorgeworfen wird, aufgeworfen. Im disziplinarischen Bereich fallen die Beispiele von Anwälten auf, die Hunderte von Schriftsätzen einreichen, um das Gericht zu überfordern, aber es gibt keine Fälle von fachlicher Inkompetenz des Anwalts. Diesbezüglich siehe. GUT, T., *Counsel misconduct before...*, *op. cit.*, S. 73–81

83 Besonders hervorzuheben ist die Situation in Frankreich, wo zusätzlich – gleichsam als eine Art Schutzwall, der es nahezu unmöglich macht, die Verletzung des Rechts auf Verteidigung wegen eines unwirksamen anwaltlichen Beistands geltend zu machen – Artikel 1.3 der Berufsordnung für Rechtsanwälte (*Règlement Intérieur National de la Profession d'Avocat*) die Werte der Würde, der Kollegialität, der Feinfühligkeit, der Mäßigung, der Höflichkeit und die (besondere) Sorgfalt der Rechtsanwälte im Umgang mit und in Bezug auf ihre Berufskollegen besonders betont

84 Meinem Kollegen Andreas Pollak danke ich für seine Erläuterungen zum österreichischen System sowie für

Beweismittel, in dem der Rechtsmittelführer geltend gemacht hatte, sein Recht auf Verteidigung sei aufgrund des mangelhaft agierenden anwaltlichen Beistands in der Instanz des Verfassungsgerichtshof Österreichs verletzt worden, stellte das Höchstgericht – nachdem es festgehalten hatte, dass die Rechtsprechung des EGMR die nationalen Gerichte lediglich verpflichtet einzugreifen, “wenn die Nachlässigkeit eines Pflichtverteidigers offensichtlich ist” – fest, dass “[e]ine vom Berufungsgericht nicht wahrgenommene habituelle Untüchtigkeit des Verteidigers im erstgerichtlichen Verfahren [...] gar nicht behauptet [wurde] und [...] aus dem Vorbringen und dem Akteninhalt nicht abzuleiten [ist]. Darüber hinaus hat das Gericht die Qualität der Verteidiger weder zu prüfen noch zu kontrollieren und auch nicht dagegen einzuschreiten (Ahammer, WK StPO § 57 Rz 28).”⁸⁵

seine Hilfe bei der Ermittlung von Rechtsquellen und Rechtsprechung.

85 Vollzitat in ACHAMMER, „§ 57 StPO. Rechte des Verteidigers in FUCHS/RATZ (Hrsg.), *Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2009: “Nach der Judikatur des EGMR (vgl etwa EGMR 27. 4. 2006, Sannino/Italien, Nr. 30961/03, ÖJZ-MRK 2007/9, 513) sind die nationalen Gerichte verpflichtet einzugreifen (Art 6 Abs 3 lit c EMRK), wenn die grobe Fahrlässigkeit eines Verfahrenshilfeverteidigers offenkundig ist oder ihnen auf andere Weise ausreichend zur Kenntnis gelangt. Eine Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 1a kann darauf jedoch nicht gestützt werden (vgl Ratz, § 281 Z 1a Rz 163 mwN). Die Z 1a bezieht sich lediglich auf die bloß formale Ausübung der Verteidigungsfunktion (12 Os 171/86). *Sedes materiae* sind vielmehr Abs 4, § 362 (außerordentliche Wiederaufnahme) und § 23 (Nichtigkeitsbeschwerde); vgl Ratz, ÖJZ 2006, 323. Nach geltender Rechtslage können die Gerichte jedoch nur bei regelmäßiger Unfähigkeit oder offenkundiger

3.5.- EIN KURZER EINBLICK IN DIE AUSNAHMEN DER RECHTSVERGLEICHUNG

Die einzigen Länder in unserer Umgebung, die sich mit dem untersuchten Problem befasst haben, sind die Schweiz einerseits und England und Wales andererseits.

3.5.1.- Schweiz

Die Schweiz bietet einen klareren Rechtsrahmen.⁸⁶ Zunächst einmal verpflichtet Artikel 12 a) des Anwalts-gesetzes⁸⁷ die Anwälte, ihren Beruf “mit Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit”⁸⁸ auszuüben.

Im Bereich des Strafverfahrens besagt Artikel 134.2 der schweizerischen Strafprozessordnung⁸⁹ eindeutig, dass die Verfahrensleitung die Pflichtverteidigung einer anderen Person überträgt, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen dem Beschuldigten und dem Pflichtverteidiger ernsthaft gestört ist oder wenn eine wirksame Verteidigung aus anderen Gründen nicht mehr gewährleistet ist. Es ist daher Aufgabe der Staatsanwaltschaft oder des Gerichts (je nach Verfahrensstadium), dafür zu sorgen, dass der Pflichtverteidiger den Beschuldigten kompetent, sorgfältig und wirksam verteidigt. Diese Rechtsvorschrift, die eine Pflicht zur Wachsamkeit der

Inkompetenz die Enthebung oder Neuordnung des Verteidigers anregen.”

86 Ich möchte meinem Kollegen Sylvain Savolainen für seine unschätzbare Hilfe bei der Ermittlung des auf diese Angelegenheit anwendbaren Rechts danken.

87 Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (Loi sur les avocats, LLCA) du 23 juin 2000.

88 “il exerce sa profession avec soin et diligence”.

89 Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007.

Behörden begründet, wurde auf die Wahlverteidigung ausgedehnt.

Wie es im Rundschreiben des Bundesrates zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts FF 2006 1057 heißt, können nämlich “die Wirksamkeit und das Engagement der Verteidigung beeinträchtigt werden [...], wenn der Verteidiger die Pflichten seines Amtes objektiv verletzt”; in einem solchen Fall muss der Verteidiger durch einen anderen Verteidiger ersetzt werden.⁹⁰

Der Begriff der wirksamen Verteidigung wird somit auf die Prozesspartei projiziert, die von einem Pflichtverteidiger profitiert (Urteil des Bundesgerichts –nachfolgend ATF⁹¹– vom 9. Februar 2016⁹²), aber auch auf den Beschuldigten, der einen Anwalt seiner Wahl hat (ATF 124 I 185, Erwägung 3b; ATF 126 I 194, Erwägung 3.d.).

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts muss die Justizbehörde Maßnahmen ergreifen, um einen Pflichtverteidiger, der die Pflichten seines Amtes objektiv verletzt und damit die Verteidigung des Beschuldigten gefährdet, rechtzeitig zu ersetzen, wenn sie die Verteidigung als offensichtlich mangelhaft erachtet (ATF 6B_307/2016, Bundesgerichtsurteil vom 17. Juni 2016, Erwägung 2.2).

In der Schweiz wird diese Situation ganz selbstverständlich akzeptiert, ohne dass es dazu in der Rechtsprechung oder der Doktrin Widerstände

90 Seite 1159.

91 Arrêt du Tribunal fédéral.

92 ATF 6B_1078/2014, in Erwägung auf 4.2.3.

gäbe. In einem der angesehensten Kommentare zur schweizerischen Strafprozessordnung heißt es unmissverständlich:

“Die Behörde muss –wenn sich herausstellt, dass die Voraussetzungen des *Code de procédure pénale* (kurz: CPP) Art. 134 II erfüllt sind– das Mandat des Pflichtverteidigers automatisch aufheben und einen neuen Verteidiger beordnen. Es geht dabei um den materiellen Schutz der Rechte des Beschuldigten; die Pflicht des Staates ist nicht mit der bloß formalen Beordnung eines Pflichtverteidigers erfüllt.”⁹³

In diesem Zusammenhang gilt: “Die Verfahrensleitung hat die Pflicht sicherzustellen, dass der Pflichtverteidiger dem Beschuldigten eine kompetente, sorgfältige und wirksame Verteidigung bietet.”⁹⁴

Auch das Schweizerische Bundesgericht legte dar, dass die Interessen des Beschuldigten nicht ausreichend gewahrt werden, wenn der Verteidiger nicht die notwendige Zeit für die Vorbereitung der Verteidigung aufwendet (ATF 1B_67/2009, Urteil des Bundesgerichts vom 14. Juli 2009, Erwägung 2.3). JEANNERET, KUHN und PERRIER fassen ein ganzes Bündel von unwirksamem anwaltlichem Beistand zusammen:

“Die Interessen des Beschuldigten sind insbesondere dann nicht ausreichend verteidigt, wenn der Verteidiger wiederholt nicht zu Untersuchungsterminen

93 JEANNERET, Y., KUHN, A., PERRIER DEPEURSINGE, C. (édit.), *Commentaire Romand-Code de procédure pénale*, 2ème éd., 2019, Art. 134, N. 13. Eigene Übersetzung

94 JEANNERET, Y., KUHN, A., PERRIER DEPEURSINGE, C. (édit.), *Commentaire Romand-Code...*, *op. cit.*, Art. 134, N. 19. Eigene Übersetzung

erscheint, insbesondere nicht zu Vernehmungen; seine Vertretungspflichten fortgesetzt verletzt; sich nicht in die Wahrung des Rechts seines Mandanten auf Beweiserhebung einbringt; seinen Mandanten während der Untersuchungshaft nicht besucht; keine eigene Verteidigungsarbeit leistet und sich damit begnügt, lediglich als Sprachrohr des Beschuldigten ohne kritische Distanz aufzutreten, etwa indem er während Verhandlungen nur vom Beschuldigten verfasste Notizen verliest; über längere Zeit unerreichbar bleibt, ohne sich zu entschuldigen oder vertreten zu lassen; über längere Zeit die Akten nicht einsieht; die für die Vorbereitung der Verteidigung notwendige Zeit nicht aufwendet; dem Verfahren fernbleibt oder sich weigert zu plädieren oder dies in offensichtlich unzureichender Weise tut; zum Ausdruck bringt, dass er von der Schuld seines Mandanten überzeugt ist, obwohl dieser seine Unschuld beteuert; oder eine Frist nicht einhält und dadurch ein prozessuales Recht seines Mandanten verfallen lässt”.⁹⁵

In den Worten von CHAPPUIS: “Die vom Anwalt geforderte Sorgfalt setzt voraus, dass er alle Anstrengungen unternimmt, um das gewünschte Ergebnis zu erreichen”.⁹⁶

Kürzlich hat das Schweizerische Bundesgericht festgestellt, dass ein übermäßig passives und unkommunikatives Verhalten über mehrere Jahre hinweg zur Entfremdung des Vertrauensverhältnisses zwischen einem Angeklagten und seinem Pflichtverteidiger führen

95 JEANNERET, Y., KUHN, A., PERRIER DEPEURSINGE, C. (édit.), *Commentaire Romand-Code...*, op. cit., Art. 134, N. 20. Eigene Übersetzung.

96 CHAPPUIS, B., *La profession d'avocat, Tome I: Le cadre légal et les principes essentiels*, 2ème éd., 2016, p. 53.

kann (ATF 1B_479/2022, Urteil des Bundesgerichts vom 21. März 2023). Es liegt auf der Hand, dass die Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses durch konkrete Anhaltspunkte gestützt und objektiv belegt werden muss. Interessant ist, dass das Obergericht es als objektiv nachvollziehbar erachtet, dass ein Angeklagter allmählich das notwendige Vertrauen in seinen Verteidiger verliert, wenn dieser sich über mehrere Jahre hinweg zu passiv und unkommunikativ verhält.

Es lohnt sich, einige Passagen aus dem genannten Urteil vom 21. März 2023 wiederzugeben (originale Zitate mit schweizerischer Rechtsschreibung⁹⁷):

Der Beschwerdeführer macht unter anderem Folgendes geltend. Soweit ein Vertrauensverhältnis zur Officialverteidigerin jemals bestanden habe, sei dieses aufgrund ihres Verhaltens dahingefallen. Jede erbeten verteidigte beschuldigte Person, “die während eines seit mehr als drei Jahre dauernden Strafverfahrens nicht ein einziges Mal in der Haft von ihrer Verteidigung besucht oder kontaktiert” worden sei, “diametral entgegengesetzte Vorstellungen über die Verfahrensführung und Verteidigungsstrategie (Sanktionsfolgen und der damit zusammenhängenden Vollzugssituation)” habe und zudem “in einzelnen Einvernahmen ohne vorherige Absprache ohne Beistand“ geblieben sei, würde sofort einen Wechsel der Verteidigung vornehmen. Gerade “der Eindruck, dass sich die Verteidigung für die Belange der beschuldigten Person einsetzt”, sei für die Bildung eines Vertrauensverhältnisses von überragender Bedeutung. Daran ändere auch der Hinweis der Vorinstanz nichts, dass die Verteidigung nicht blosses Sprachrohr der

97 Verfügbar auf: [Urteil vom 21. März 2023](#) (letzter Aufruf am 12. Dezember 2025)

beschuldigten Person sei. Die Abwesenheit der amtlichen Verteidigung an Einvernahmen der beschuldigten Person in einem Verfahren mit notwendiger Verteidigung verstösse gegen die anwaltliche Sorgfaltspflicht. Während des Verfahrens um Wechsel der amtlichen Verteidigung habe er ausserdem vergeblich versucht, mit seiner Officialverteidigerin Kontakt aufzunehmen. Diese habe weder auf seine Briefe noch auf Anrufe geantwortet. Er rügt in diesem Zusammenhang insbesondere eine Verletzung von Art. 134 Abs. 2 StPO.

Die Vorschrift von Art. 134 Abs. 2 StPO trägt dem Umstand Rechnung, dass eine engagierte und effiziente Verteidigung nicht nur bei objektiver Pflichtverletzung der Verteidigung, sondern bereits bei erheblich gestörtem Vertrauensverhältnis beeinträchtigt sein kann. Dahinter steht die Idee, dass eine amtliche Verteidigung in jenen Fällen auszuwechseln ist, in denen auch eine beschuldigte Person mit Wahlverteidigung einen Wechsel der Verteidigung vornehmen würde. Wird die subjektive Sichtweise der beschuldigten Person in den Vordergrund gestellt, bedeutet dies aber nicht, dass allein deren Empfinden für einen Wechsel der Rechtsvertretung ausreicht. Vielmehr muss die Störung des Vertrauensverhältnisses mit konkreten Hinweisen belegt und objektiviert werden (BGE 138 IV 161 E. 2.4). In den Grenzen einer sorgfältigen und wirksamen Ausübung des Officialmandates ist die Wahl der Verteidigungsstrategie grundsätzlich Aufgabe der amtlichen Verteidigung. Zwar hat sie die objektiven Interessen der beschuldigten Person möglichst im gegenseitigen Einvernehmen und in Absprache mit dieser zu wahren. Die Officialverteidigung agiert jedoch im Strafprozess nicht als blosses unkritisches "Sprachrohr" ihrer Mandantschaft. Insbesondere liegt es im pflichtgemässen Ermessen der amtlichen

Verteidigung zu entscheiden, welche Prozessvorkehren und juristischen Standpunkte sie (im Zweifelsfall) als sachgerecht und geboten erachtet (vgl. BGE 126 I 26 E. 4b/aa; 194 E. 3d; 116 Ia 102 E. 4b/bb; Urteile 1B_398/2013 vom 22. Januar 2014 E. 2.1; 1B_110/2013 vom 22. Juli 2013 E. 4.3).

Dass die Officialverteidigerin den Beschuldigten unbestrittenermassen jahrelang nie für ein Instruktionsgespräch im Gefängnis besuchte bzw. kontaktierte, insbesondere zur Besprechung von wichtigen Verfahrensschritten oder zur Absprache der Verteidigungsstrategie, und dass alle Kontakte zwischen ihr und dem Beschuldigten sich auf förmliche Einvernahmeterminen beschränkten, erscheint ungewöhnlich und auffällig. Ins Gewicht fällt dabei auch der ebenfalls unbestrittene Umstand, dass die amtliche Verteidigerin an mehreren förmlichen Einvernahmen nicht teilnahm. Zwar ist der Vorinstanz darin zustimmen, dass es grundsätzlich in den Aufgabenbereich der Verteidigung fällt, im Rahmen ihres pflichtgemässen Ermessens zu entscheiden, welche Beweisanträge und juristischen Argumentationen sie als sachgerecht und erforderlich erachtet. Um das notwendige Vertrauen mit ihrer Klientschaft aufzubauen und zu erhalten, erscheint es jedoch geboten, dass die Verteidigung eine ausreichende Absprache von wichtigen Prozessschritten mit dem Beschuldigten gewährleistet und ihm das von ihr gewählte prozessuale Vorgehen wenigstens in den Grundzügen und in angemessenen Zeitabständen erläutert. Das Obergericht stellt im Übrigen fest, dass die Officialverteidigerin im vorinstanzlichen Verfahren mitteilte, sie stelle sich dem Wunsch des Beschwerdeführers nach einem Verteidigerwechsel nicht entgegen. Zur Frage einer allfälligen Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses hat sie sich weder im

vorinstanzlichen Verfahren noch im Verfahren vor Bundesgericht geäussert.

Entgegen der Ansicht der kantonalen Instanzen waren die dargelegten Umstände, bei gesamthafter Betrachtung, objektiv geeignet, das Vertrauen des Beschwerdeführers in eine effiziente und ausreichend engagierte Verteidigung bis zum März 2022 allmählich auszuhöhlen. Daran ändern auch die Vorbringen der kantonalen Instanzen nichts, die Officialverteidigerin habe keine "gewissenhafte Erklärung" abgegeben, wonach sie eine wirksame Verteidigung des Beschwerdeführers nicht mehr gewährleisten könne, oder eine "allfällige" mangelnde Kooperation einer beschuldigten Person mit der Verteidigung stelle keinen ausreichenden Grund für einen Verteidigerwechsel dar. Unbehelflich ist auch der Einwand, der Beschwerdeführer habe im Februar 2019 keinen Gebrauch von seinem Recht gemacht, eine andere Rechtsvertretung vorzuschlagen oder zu wählen. Zwar behauptet er nicht in substantzierter Weise, es habe schon 2019 aus objektivierbaren Gründen an einem ausreichenden Vertrauensverhältnis gefehlt. Er legt jedoch dar, dass sich die Entfremdung in den folgenden Jahren, aufgrund des ihm als zu passiv und wenig kommunikativ erscheinenden Verhaltens der amtlichen Verteidigerin, sukzessive entwickelt habe. Es ist sachlich nachvollziehbar, dass der Beschwerdeführer das notwendige Vertrauen in die amtliche Verteidigung etwa seit März 2022 (Gesuch um Verteidigerwechsel) allmählich verloren hat. Die Ansicht der Vorinstanz, der Beschwerdeführer habe nicht ausreichend dargetan, dass das Vertrauensverhältnis zwischen ihm und der Officialverteidigerin erheblich gestört ist, verletzt Art. 134 Abs. 2 StPO. Das Gesuch um Wechsel der amtlichen Verteidigung ist daher gutzuheissen.

Im Bereich der prozessualen Folgen eines solchen Rechtsmittels, in dem die Unwirksamkeit des anwaltlichen Beistands geltend gemacht wird, wird in derselben Entscheidung darüber nachgedacht, ob der Wechsel des Verteidigers “ex nunc oder rückwirkend anzuordnen ist”. So ist es in der vielzitierten Entscheidung zu lesen:

“Zwar ist es sachlich nachvollziehbar, dass der Beschwerdeführer seit März 2022 das notwendige Vertrauen in seine Rechtsvertretung eingebüsst hat, weshalb ein Verteidigerwechsel zu verfügen ist. Dies führt jedoch im vorliegenden Fall nicht zur Schlussfolgerung, dass der Beschwerdeführer im unterdessen abgeschlossenen Untersuchungsverfahren (mit Anklageerhebung am 9. September 2022) nicht wirksam verteidigt gewesen wäre. Was er vorbringt, lässt jedenfalls keine schweren Fehler und Versäumnisse der Officialverteidigerin erkennen, die eine Wiederholung von Teilen der Untersuchung von Bundesrechts wegen als geboten erscheinen liessen. Das nach erfolgter Anklageerhebung mit dem Fall befasste Strafgericht wird dem Verteidigerwechsel im Hauptverfahren aus Gründen der Verfahrensfairness wie folgt Rechnung zu tragen haben:

Soweit der neue amtliche Verteidiger entsprechende substantiierte Verfahrensanträge stellt, wird das Strafgericht zu prüfen haben, ob gewisse Einvernahmen, an denen die bisherige Officialverteidigerin nicht teilgenommen hat, im Beisein des neuen amtlichen Verteidigers zu ergänzen sein werden. Dem amtlichen Verteidiger wird gegebenenfalls die Gelegenheit einzuräumen sein, Ergänzungsfragen zu stellen.

Beweisverwertungsverbote oder ungültige Untersuchungshandlungen sind in diesem Zusammenhang weder dargetan noch ersichtlich. Ausserdem wird das

Strafgericht den Beschuldigten ausführlich zu befragen und dem Officialverteidiger die Möglichkeit zu geben haben, Ergänzungsfragen zu stellen.

Demzufolge ist der Wechsel der amtlichen Verteidigung mit Wirkung per sofort (ex nunc) anzuordnen und nicht rückwirkend auf den 21. März 2022 (vgl. Art. 107 Abs. 2 BGG).“

Auch im Hinblick auf die prozessuale Konsequenz der gerichtlichen Feststellung der Unwirksamkeit des anwaltlichen Beistands hat der bereits erwähnte ATF 124 I 185 entschieden, dass das Verfahren nichtig ist. In Anbetracht der Besonderheit des vorliegenden Falles möchte ich einen Auszug aus dem Urteil⁹⁸ wiedergeben: “durch ihren Ehemann nicht in fachlich ausreichend qualifizierter Weise verteidigt, und es stand keineswegs fest, dass sie um ihren Anspruch auf Prozesskostenhilfe wusste oder dass die Voraussetzungen dafür nicht gegeben waren. Unter diesen Umständen wäre das Appellationsgericht verpflichtet gewesen, die Beschwerdeführerin über diese Möglichkeit genügend aufzuklären. Indem es das unterliess, verletzte es ihre verfassungs- und konventionsrechtlich garantierten Verteidigungsrechte”.

Die schweizerische Rechtsgrundlage für das Bundesgericht in solchen Fällen ist Artikel 32.2 der Verfassung, der in seinem letzten Absatz jedem Beschuldigten die Möglichkeit gibt, seine Rechte durch eine “angemessene” Verteidigung geltend zu machen.

Schließlich kann die mangelnde Sorgfalt des Anwalts in Ausnahmefällen sogar dazu führen, dass die Kosten des

98 Verfügbar auf: [BGE 124 / 185 S. 186](#) (letzter Aufruf am 12. Dezember 2025)

Verfahrens nicht der unterlegenen Partei, sondern ihrem Anwalt persönlich auferlegt werden. Das Schweizerische Bundesgericht hat dies in Fällen entschieden, in denen ein Minimum an Sorgfalt sofort die Unzulässigkeit der eingelegten Rechtsmittel begründen kann, d.h. wenn das Rechtsmittel offensichtlich unbegründet ist (ATF 129 IV 206, Erwägung 2).

3.5.2.- *England und Wales*

In England und Wales⁹⁹ können Fehler von Strafverteidigern dazu führen, dass eine Verurteilung als “unsicher”¹⁰⁰ eingestuft und daher aufgehoben wird. Wurde die Entscheidung des Verteidigers jedoch in “gutem Glauben” unter Abwägung der Umstände und nach Anhörung des Mandanten getroffen, ist es weniger wahrscheinlich, dass das Berufungsgericht die Verurteilung aufhebt, als wenn die Entscheidung gegen die Anweisungen des Mandanten und ohne ihn zu informieren getroffen wurde (siehe hierzu das Urteil in der Rechtssache Clinton [1993] 2 All ER 998).¹⁰¹

Auf jeden Fall gibt es keinen einheitlichen Standard, um zu bestimmen, wann das Verhalten des Verteidigers unwirksam geworden ist. Ein Überblick über die Rechtsprechung des *Court of Appeal* zeigt, dass er zwischen verschiedenen Tests oder Kriterien schwankt. Während er in der Rechtssache *Ensor* ([1989] 2 All

99 Ich danke Stefan Hyman, der zeitweise ein Gegner bei der Verteidigung der Interessen der Staatsanwaltschaft in England und dennoch ein Freund war, für seine Unterstützung und seine Geduld bei der Ermittlung von interessanten Präzedenzfällen.

100 Eigene Übersetzung des Wortes *unsafe*.

101 Diese Anforderungen sind besonders anspruchsvoll, wenn es um die Entscheidung geht, ob ein Kreuzverhör des Angeklagten in der Verhandlung beantragt werden soll oder nicht.

ER 586) verlangte, dass das Verhalten des Verteidigers “grob inkompetent”¹⁰² sein muss, erklärte das Gericht in der Rechtssache *Richards* ([2000] All ER (D) 900), dass das anwendbare Kriterium dasjenige ist, das es in der Rechtssache *Associated Provincial Picture Houses Ltd. gegen Wednesbury Corporation* ([1948] 1 KB 223) in Bezug auf Entscheidungen von Behörden festgelegt hatte, nämlich “Unvernunft”.¹⁰³ In diesem Urteil hat der Gerichtshof seine Befugnis zur Überprüfung von Behördenentscheidungen auf die Fälle beschränkt, in denen die Entscheidung so unvernünftig ist, dass keine vernünftige Behörde sie hätte treffen können. Dahinter steht der Grundsatz der Ächtung der Willkür von Behörden, der in jedem Rechtsstaat gewährleistet ist.¹⁰⁴

In der bereits erwähnten Rechtssache *Clinton* relativierte der Court of Appeal die Bedeutung des anzuwendenden Kriteriums und betonte, dass es in Wirklichkeit darauf ankomme, ob die mangelnde Kompetenz des Anwalts für die fehlende Sicherheit der Verurteilung ausschlaggebend war.

In der Rechtssache *Nangle* ([2001] Crim LR 506) stellte dieselbe Berufungsinstanz jedoch fest, dass ein Kriterium, das eine “offensichtliche Unfähigkeit” des Anwalts voraussetzt, möglicherweise nicht mit Artikel 6 Absatz 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention vereinbar ist. Es kommt also darauf an, zu prüfen, ob der Angeklagte ein faires Verfahren erhalten hat. Wenn das

102 Siehe auch das Urteil in der Rechtssache *Donnelly* ([1998] Crim. L.R. 131).

103 Siehe auch das Urteil in der Rechtssache *Ullah* ([2000] 1 Cr. App. R. 351).

104 Artikel 9.3 der spanischen Verfassung.

Verhalten des Anwalts dieses Recht beeinträchtigt hat, muss das Gericht möglicherweise eingreifen.

In der Rechtssache *Boodram* gegen den Staat Trinidad und Tobago ([2001] UKPC 20) vertrat der britische *Privy Council* die Auffassung, dass, wenn das Verhalten des anwaltlichen Beistands des Klägers so weit ginge, dass dem Kläger ein ordnungsgemäßes Verfahren vorenthalten würde, die Schlussfolgerung lauten würde, dass der Kläger kein faires Verfahren gehabt hätte und die Verurteilung daher aufgehoben werden sollte, ohne dass die Auswirkungen der Fehler des Rechtsbeistands auf den Ausgang des Verfahrens untersucht werden müssten.

Interessant ist auch die Entwicklung in der Rechtssache *Ekaireb* ([2015] EWCA Crim 1936), in der sich das Rechtsmittel des Klägers auf den mündlichen Bericht seines Anwalts in der Verhandlung (*closing speech*) bezog. Das Berufungsgericht stellte unter Verweis auf die Entscheidung in *Day* [2003] (EWCA Crim 1060) fest, dass “um die fehlende Sicherheit [einer Verurteilung] in einem Fall von Inkompetenz nachzuweisen, der Rechtsmittelführer über die Inkompetenz hinausgehen und zeigen muss, dass die Inkompetenz zu Fehlern oder Unregelmäßigkeiten in der Verhandlung führte, die für sich genommen die Unfairness der Verhandlung ausmachten”,¹⁰⁵ und kam zu dem Schluss, dass es keinen Fall gegeben habe, in dem einer Berufung wegen Unwirksamkeit des Verteidigers aufgrund der Mängel seines mündlichen Berichts stattgegeben worden sei, und dass dies, kurz gesagt, nicht die Ausnahme sein werde.

Das Berufungsgericht in England und Wales hat die Bedeutung des Leitfadens für das Verfahren vor der

105 Eigene Übersetzung.

Strafkammer des Berufungsgerichts, des so genannten blauen Leitfadens (*the blue Guide*), dessen jüngste Fassung vom Mai 2023 datiert (die erste wurde 1995 veröffentlicht),¹⁰⁶ ohne weiteres anerkannt. Was uns betrifft, so heißt es in Abschnitt B.7.3, dass ein neuer Verteidiger, der eine Berufung gegen eine Verurteilung übernimmt, mit dem früheren Verteidiger Kontakt aufnehmen und dessen Informationen nutzen muss. Es ist sogar vorgesehen, dass der bisherige Verteidiger nicht innerhalb einer angemessenen Frist antwortet; in diesem Fall sollte der neue Verteidiger weitere unabhängige und objektive Beweise anfordern, um sein Rechtsmittel zu begründen. Das Gleiche gilt, wenn die vom Prozessanwalt vorgelegten Informationen den Anweisungen des Mandanten widersprechen.

In der Rechtssache *Achogbuo* ([2014] EWCA Crim 567) warnte der Gerichtshof sehr deutlich: “Bevor vor diesem Gericht Rechtsmittel wegen angeblicher Unfähigkeit der Vertretung auf der Grundlage der Behauptung eines verurteilten Straftäters eingelegt werden, erwarten wir, dass die Anwälte Maßnahmen ergreifen, um sich durch unabhängige Mittel, einschließlich der Kontaktaufnahme mit früheren Anwälten, zu vergewissern, dass es eine objektive und unabhängige Grundlage für das Rechtsmittel gibt” (eigene Übersetzung).

3.5.3.- *Der italienische Wink*

Obwohl ich bereits hervorgehoben habe, dass in der Europäischen Union dieselbe Linie gilt wie in Spanien, nämlich dass dem hier untersuchten Problem keinerlei

106 Verfügbar auf: [Guide to proceedings in the Court of Appeal Criminal Division \(judiciary.uk\)](https://www.judiciary.uk/guide-to-proceedings-in-the-court-of-appeal-criminal-division/) (letzter Aufruf am 18. August 2024)

Aufmerksamkeit geschenkt wurde, fällt die italienische Regelung¹⁰⁷ dennoch besonders auf. Sie zeigt nämlich letztlich, wie sich noch erweisen wird, dass der Gesetzgeber sich der Existenz eines realen Problems durchaus bewusst ist, dem sich jedoch weder die Prozessparteien noch die Gerichte gestellt haben. Italien verfügt über ein solides Normengefüge, welches das Verhalten der Rechtsanwälte regelt. In knapper Zusammenfassung sind dies der Rechtsanwaltskodex (*Codice deontologico forense*, im Folgenden: CDF) vom 31. Januar 2014; das bereits erwähnte Gesetz Nr. 247/2012, das den Anwaltsberuf regelt; sowie das Dekret des Justizministeriums Nr. 55 vom 10. März 2014, mit dem die Verordnung zur Gewährleistung angemessener Anwaltsvergütungen erlassen wurde.

Zur einleitenden Kontextualisierung ist darauf hinzuweisen, dass Art. 20 CDF die Verletzung der im Kodex selbst festgelegten Berufspflichten sowie der berufsrechtlichen und ethischen Normen, die den Anwaltsberuf regeln, als disziplinarisches Vergehen (*illecito disciplinare*¹⁰⁸) einstuft. Die Sanktionen können gemäß Art. 22 CDF – abhängig vom Schweregrad des anwaltlichen Verhaltens – von einer Verwarnung (*avvertimento*) über einen Verweis (*censura*) oder eine Suspendierung (*sospensione*) von der Ausübung des Berufs für einen Zeitraum zwischen zwei Monaten und fünf Jahren bis hin zum Verlust der Anwaltszulassung (*radiazione*) reichen.

107 Ich möchte mich bei meiner Kollegin Lorena Morrone bedanken, die maßgeblich an der Suche der relevanten Rechtsquellen beteiligt war.

108 Das disziplinarische Vergehen ist im Artikel 51.1 des Gesetzes 247/2012 definiert.

Aber ohne Zweifel ist das Wichtigste, dass die Strafprozessordnung selbst in Artikel 105 ausdrücklich eine spezifische Form des unwirksamen anwaltlichen Beistands vorsieht, nämlich des Verlassens der Verteidigung (*abbandono di difesa*),¹⁰⁹ ein Ausdruck, der Situationen beschreibt, in denen der Anwalt seine Verteidigungsaufgaben verfehlt, indem er einer gerichtlichen Ladung ohne gerechtfertigten Grund nicht nachkommt.¹¹⁰ Die Sache ist die, dass dem Anwalt in einem solchen Fall die im vorangehenden Absatz kurz dargestellten disziplinarischen Sanktionen drohen, das Strafverfahren jedoch mit der Beordnung eines Pflichtverteidigers für den unverteidigten Angeklagten fortgesetzt wird, ohne dass es zu Überschneidungen zwischen dem Disziplinarverfahren und dem Strafverfahren kommt (Artikel 105.2 der Strafprozessordnung). Nun, nachdem diese allgemeine

109 Die gleiche Vorschrift regelt auch die Ablehnung der Verteidigung (*rifiuto della difesa*) durch den Pflichtverteidiger. Obwohl in derselben Vorschrift beide Situationen (Verlassen und Ablehnung) in einer Weise beschrieben werden, die zu Verwirrung führen könnte, gilt die Ablehnung nur für den Pflichtverteidiger (*difesa d'ufficio*), da der Wahlverteidiger oder Vertrauensverteidiger (*difesa di fiducia*) nicht verpflichtet ist, eine Verteidigung anzunehmen, und daher das Recht hat, auf sie zu verzichten. Der vom Gericht beigeordnete Pflichtverteidiger hingegen ist rechtlich verpflichtet, die Verteidigung anzunehmen und kann nicht ohne weiteres darauf verzichten.

110 Artikel 105 der italienischen Strafprozessordnung selbst sieht in Absatz 5 auch die (verschiedenen) Folgen des Verlassens der Verteidigung durch aktive Parteien des Strafverfahrens vor ("Privatpersonen mit Ausnahme des Beschuldigten, des Geschädigten und der in Artikel 91 vorgesehenen Gremien und Verbände"). In diesen Fällen steht das Verlassen der Fortsetzung des Verfahrens oder der Aussetzung der Verhandlung nicht entgegen.

Regel der fehlenden Einflussnahme oder Bindung eines Verfahrens auf das andere festgestellt wurde, ist es so, dass die Strafprozessordnung selbst in Artikel 175 eine Ausnahme mit der Möglichkeit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand vorsieht. Dieser Artikel ermöglicht es den Prozessparteien, diese außergewöhnliche Maßnahme in Fällen höherer Gewalt oder bei unvorhersehbaren Ereignissen zu beantragen. Der Oberste Gerichtshof Italiens hat grundsätzlich nicht angenommen, dass ein derart unwirksamer anwaltlicher Beistand –der dazu führt, dass eine Frist nicht eingehalten wird–¹¹¹ höhere Gewalt im Sinne von Artikel 175 darstellt (vgl. etwa Urteil Nr. 2112 vom 16. November 2021). Allerdings hat er in Fällen, in denen das Verhalten des Anwalts besonders schwerwiegend war, die Einordnung der unwirksamen Verteidigung als Ausnahmefall zugelassen. So hat das italienische Gericht in seinem Urteil Nr. 30262 vom 30. Mai 2023 diese Lösung in einem Fall angewandt, in dem der Anwalt seinen Mandanten nicht über seine disziplinarische Suspendierung informiert und ihm fälschlicherweise versichert hatte, dass er das erstinstanzliche Verurteilungsurteil angefochten habe. Die Berufungsfrist verstrich, ohne dass ein Rechtsmittel eingelegt wurde, weshalb der Betroffene die Wiederherstellung der Frist nach Artikel 175 der Strafprozessordnung beantragte, ein Antrag, der abgelehnt wurde. Diese Ablehnung wurde vom Revisionsgerichtshof aufgehoben, da aufgrund der Schwere des Pflichtverstoßes des Verteidigers ein Fall höherer Gewalt vorlag.

111 Das Gleiche gilt für Zivilverfahren (Artikel 184bis der italienischen Zivilprozessordnung).

Angesichts dessen ist die äußerst restriktive Haltung der italienischen Gerichte in dieser Materie – die in der Praxis darauf hinausläuft, dem Mandanten eine Art *culpa in vigilando* im Hinblick auf das Verhalten seines Verteidigers zuzuschreiben – besonders belastend im Auslieferungsbereich (im weiteren Sinne, also einschließlich Verfahren über den Europäischen Haftbefehl). Denn der Rechtssuchende – dem die Rechtsprechung diese vermeintliche Überwachungspflicht als Frage elementarer Sorgfalt auferlegt – ist in vielen Fällen Ausländer und beherrscht die Sprache, in der das Auslieferungsverfahren geführt wird, nicht¹¹². Das Urteil des italienischen Revisionsgerichtshofs Nr. 3631 vom 20. Dezember 2016 ist besonders deutlich, insbesondere

112 Dies hat einige Autoren dazu veranlasst, fast subsidiär zu fordern, dass diese Rechtsprechung in Verfahren, in denen die internationale Rechtshilfe kanalisiert wird, insbesondere bei Auslieferung und Haftbefehl, und vor allem dann, wenn sich die gesuchte Person in Haft befindet und daher besonders schutzbedürftig ist, flexibler gestaltet werden sollte. In diesem Sinne siehe CANESTRINI, N., “Professional misconduct of defence attorney in international criminal cooperation: remedies?”, verfügbar unter: <https://canestrinilex.com/en/readings/professional-misconduct-of-defense-attorney-in-international-criminal-cooperation-remedies> (letzter Aufruf am 11. Oktober 2024).

Wie dieser Autor, dem ich voll und ganz zustimme, ausführte, weist die gesuchte Person in diesen Fällen in der Regel eine Reihe gemeinsamer Nenner auf, wie ihre ausländische Staatsangehörigkeit, die Unkenntnis der Sprache des ersuchten Staates, die Unkenntnis des Verfahrens, den vorsorglichen Freiheitsentzug und schließlich die mehr als wahrscheinliche Unmöglichkeit, mit dem Ausland zu kommunizieren. Daraus schließt er zu Recht, dass von ihm –und meines Erachtens auch vom inländischen Rechtssuchenden– nicht verlangt werden kann, dass er bei der Auswahl des beizuordnenden Anwalts und bei der Kontrolle der Handlungen seines Verteidigers mit Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit vorgeht.

wenn man die äußerst kurzen Fristen zur Anfechtung von in Abwesenheit ergangenen Verurteilungsurteilen berücksichtigt:

“Das Unterlassen oder die fehlerhafte Erfüllung des Auftrags zur Einlegung eines Berufungsrechtsmittels durch den beigeordneten Anwalt, aus welchem Grund auch immer dieser zuzurechnend ist, ist nicht geeignet, einen Fall höherer Gewalt oder ein unvorhergesehenes Ereignis zu begründen, die eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand rechtfertigen könnten. Dies deshalb, weil sie in einer falschen Darstellung der Realität bestehen, die durch normale Sorgfalt und Aufmerksamkeit überwunden werden kann, und weil vermutet werden darf, dass den Beschuldigten die Pflicht trifft, die ordnungsgemäße Erfüllung des erteilten Auftrags zu überwachen, sofern die Kontrolle der wirksamen Verteidigungswahrnehmung nicht durch einen komplexen normativen Rahmen für den gewöhnlichen Bürger unzumutbar erschwert wird. (eigene Übersetzung, ohne Hervorhebungen im Original).

Von höchstem Interesse ist das Urteil des italienischen Revisionshofs Nr. 5983 vom 19. Dezember 2023,¹¹³ in dem das Hohe Gericht die Revisionsbeschwerde der gesuchten Person, eines deutschen Staatsangehörigen, der in Slowenien aufgrund einer italienischen Freiheitsstrafe von fünf Jahren nach einer in Abwesenheit beim Gericht in Pordenone erfolgten Verurteilung festgenommen worden war, als unzulässig verwarf. Die Besonderheit des Falles bestand darin, dass der ursprünglich vom Verfolgten beauftragte italienische Rechtsanwalt, der die

113 Ich danke meinem Kollegen Nicola Canestrini, Rechtsmittelführer vor dem Revisionsgerichtshof, für die Bereitstellung einer so aktuellen und interessanten Gerichtsentscheidung.

Nichtigerklärung des in Abwesenheit ergangenen Urteils beantragen sollte, seinem Schriftsatz nicht die vom Art. 629-bis Abs. 2 der italienischen Strafprozessordnung¹¹⁴ vorgeschriebene besondere Vollmacht beifügte, die als Prozessvoraussetzung erforderlich ist. Nach der Zurückweisung des Antrags durch das Gericht wegen fehlender Legitimation legte der neue Verteidiger Revisionsbeschwerde ein und argumentierte, der Fehler des früheren Anwalts sei dem Rechtssuchenden nicht zuzurechnen und dieser habe weder die Pflicht noch die Möglichkeit gehabt, die Arbeit seines anwaltlichen Beistands zu kontrollieren, da es sich um einen "unvorhersehbaren und unvermeidbaren Zufall" gehandelt habe — zumal er die italienische Sprache nicht beherrschte und sich zudem in ausländischer Untersuchungshaft befand. Der Revisionshof hielt jedoch an der bis hierher dargestellten restriktiven Rechtsprechung fest. Nach den Worten des Revisionshofs, deren Auslegung praktisch dazu führt, dass der fremdsprachige Rechtssuchende die doppelte Last trägt, sowohl einen Dolmetscher bzw. Übersetzer zu beauftragen als auch die Arbeit seines anwaltlichen Beistands anhand des italienischen Prozessrechts zu überwachen:

“Entscheidend im konkreten Fall ist, dass sich aus dem Wortlaut der Norm die Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Einlegung des betreffenden Rechtsbehelfs klar entnehmen lassen. Vor diesem Hintergrund hätte die

114 Die Starrheit der italienischen Gerichte steht in krassem Gegensatz zu dem in unserer Rechtsordnung in Artikel 11 Absatz 3 LOPJ verankerten Grundsatz „*pro actione*“, der das Gericht in einem Fall wie dem vorliegenden dazu veranlasst hätte, der Verteidigung eine Frist einzuräumen, um das Fehlen einer besonderen Vollmacht zu beheben.

Lektüre der maßgeblichen Vorschriften ausgereicht, um die Notwendigkeit zu erkennen, dem Rechtsmittel die besondere Vollmacht beizufügen.

Für die Frage, ob der Rechtsmittelführer fremdsprachig ist, kommt es nicht darauf an: Nicht nur, weil hierzu kein Nachweis vorliegt, sondern auch weil mangelnde Italienischkenntnisse –selbst in Bezug auf in Italien begangene Taten (unter Verstoß gegen die eindeutige Beifügungspflicht; vgl. Sez. 2, Nr. 17708 vom 31.01.2022, Rv. 283059)– nicht entscheidend sind, sondern vor allem, weil es in jedem Fall in der Verantwortung des Rechtsmittelführers gelegen hätte, einen Dolmetscher hinzuzuziehen, um jene Überwachungsobliegenheiten zu erfüllen, die der Partei obliegen.“ (eigene Übersetzung, ohne Hervorhebungen im Original).

Es scheint offensichtlich, dass die dem Beschuldigten vom italienischen Revisionsgericht auferlegte prozessuale Überwachungspflicht übermäßig ist, insbesondere in fachlichen Fragen, die dem Laien fremd sind, aber –*sit venia verbo*– das ABC jedes Juristen darstellen. Ebenso wie ein Patient die Arbeit seines Arztes nicht kontrollieren kann, ist ein Mandant nicht in der Lage, das professionelle Handeln seines Verteidigers zu überwachen. Dies wird noch deutlicher in Fällen, in denen –wie im hier kommentierten Beispiel– der Beschuldigte fremdsprachlich ist, darüber hinaus in Untersuchungshaft im Ausland sitzt und sein Verfahren kurzen, prozessualen Fristen unterliegt. Die Verteidigungslosigkeit ist so auffällig, dass sie die fehlende richterliche Fürsorge deutlich macht, noch schwerwiegender aber die Auferlegung von eindeutig unverhältnismäßigen Pflichten, die dem Garantenpflichtenbereich der Grundrechte eines jeden Gerichts widersprechen. Allenfalls obliegt die

Verantwortung, dass der Beschuldigte die prozessualen Voraussetzungen und bestimmte Ausschlussfristen versteht, dem Gericht selbst.

Am entgegengesetzten Ende des Pendels darf jedoch nicht übersehen werden, dass ein System, das prozessuale Fristen generell aufgrund der (mitunter leider weit verbreiteten) fachliche Inkompetenz von Verteidigern wiederherstellt, in unmittelbarem Widerspruch zu den Grundsätzen der Rechtssicherheit und der prozessualen Waffengleichheit steht. Daher müssen derartige (vollständig vermeidbare) fachliche Fehler disziplinarisch sanktioniert werden, um eine abschreckende Wirkung zu entfalten, welche die anwaltliche Berufsausübung zu größerer Sorgfalt anhält.

Zurückkommend auf die Frage des Dolmetschens und Übersetzung ist allerdings zu unterscheiden, dass es zwar möglicherweise an ausreichenden personellen und sachlichen Ressourcen mangelt, jedoch ein weiterer Faktor in die Gleichung einzubeziehen ist: die häufig mangelhafte Qualität der Dolmetscher und Übersetzer, die mit der Justizverwaltung zusammenarbeiten und letztlich die wirksame Ausübung der Rechte der Rechtssuchenden illusorisch werden lassen. Dabei handelt es sich um ein in Spanien deutlich erkennbares Problem,¹¹⁵ dem auch Italien nicht fernsteht. So hat

115 Zu diesem Problem in Spanien vgl. CAMPANER MUÑOZ, J., "El control jurisdiccional de la calidad de la interpretación y traducción en el proceso penal", in der Rubrik Tribuna, des Diario La Ley núm. 9619, Editorial La Ley (23 April 2020). Außerdem, CAMPANER MUÑOZ, J. und HERNÁNDEZ CEBRIÁN, N., „Guía de buenas prácticas relativas al derecho a la traducción y la interpretación de investigados y acusados“, in ARANGÜENA FANEGO/DE HOYOS SANCHO/HERNÁNDEZ LÓPEZ (Dir.), Garantías procesales de

jüngst Richter Attina' von der Ersten Strafabteilung des *Tribunale di Firenze* eine verfassungsrechtliche Frage¹¹⁶ an das Verfassungsgericht¹¹⁷ vorgelegt. In seinem Beschluss Nr. 100 vom 5. April 2024 legte der Einzelrichter im Rahmen eines Antrags auf Vergütungsfestsetzung des Dolmetscher dem Verfassungsgericht die Frage vor, ob die italienische Regelung über die äußerst geringe Vergütung, die Dolmetscher erhalten, mit der verfassungsrechtlichen Rechtsordnung vereinbar ist, zumal die Vergütung zudem stufenweise und regressiv nach Zeitabschnitten ausgestaltet ist (sie wird nach dem ersten Block bzw. Paket von zwei Stunden Dolmetscherzeit reduziert).¹¹⁸

Es lohnt sich, den folgenden Abschnitt der Verfassungsfrage wiederzugeben:

“In diesem Zusammenhang scheint es dem Unterzeichner, dass der Nachteil nicht nur den Fachmann trifft, der Anspruch auf eine angemessene Vergütung

investigados y acusados en procesos penales en la Unión Europea. Buenas prácticas en España, Thomson-Reuters Aranzadi, 2020, S. 15-33.

116 An dieser Stelle möchte ich meinem Kollegen Amedeo Barletta dafür danken, dass er meine Zweifel an bestimmten juristischen Begriffen im italienischen System ausgeräumt hat.

117 Ein Kommentar zu dieser Gerichtsentscheidung findet sich in CANESTRINI, N., “Does unfair compensation of interpreters affect fairness of the trial? (Tr Firenze, 24. April)”. Verfügbar unter: <https://canestrinilex.com/en/readings/does-unfair-compensation-of-interpreters-affect-fairness-of-the-trial-tr-firenze-april-24> (letzter Aufruf am 18. Oktober 2024).

118 Wie Richter Attina' feststellt, 14,68 Euro für den ersten Bruchteil von zwei Stunden, danach reduziert auf 8,15 Euro pro Bruchteil (von zwei Stunden), was eine Vergütung von 4 Euro brutto pro Stunde bedeutet.

für die geleistete Arbeit hätte, sondern auch und vor allem die Rechtspflege und den Angeklagten selbst: Die lächerlich niedrige Höhe der Honorare bringt nämlich eine hohe Wahrscheinlichkeit negativer Auswirkungen auf die Qualität seiner Tätigkeit mit sich [...] im Sinne eines erheblichen Risikos, dass schlecht bezahlte Personen nicht das erforderliche Engagement bei der Erfüllung ihres Auftrags aufbringen.“ (eigene Übersetzung, ohne Hervorhebungen im Original)

Nach Ansicht von Attina' ist ein Stundensatz von 4 Euro brutto, "der niedriger ist als der in den Tarifverträgen für weit weniger qualifizierte Berufe vorgesehene, und absolut unzureichend, um die erforderliche Qualität bei der Ausführung der Arbeit zu gewährleisten". Die Tatsache, dass das Honorar des Dolmetschers ab der ersten Fraktion gesetzlich niedriger ist, "scheint gegen die Artikel 3¹¹⁹ und 111¹²⁰ der Verfassung zu verstoßen:

119 "Alle Bürger haben die gleiche soziale Würde und sind vor dem Gesetz gleich, ohne Unterschied des Geschlechts, der Ethnie, der Sprache, der Religion, der politischen Überzeugung, der persönlichen und sozialen Verhältnisse. Die Republik hat die Pflicht, wirtschaftliche und soziale Hindernisse zu beseitigen, die die Freiheit und Gleichheit der Bürger, ihre volle Entfaltung der menschlichen Person und die wirksame Beteiligung aller Arbeitnehmer an der politischen, wirtschaftlichen und sozialen Organisation des Landes behindern." (eigene Übersetzung).

120 "Die Rechtsprechung wird durch ein ordnungsgemäßes, gesetzlich geregeltes Verfahren umgesetzt. Jedes Verfahren wird in einem kontradiktorischen Verfahren, unter gleichen Bedingungen vor einem externen und unparteiischen Richter und mit einer angemessenen, gesetzlich garantierten Dauer durchgeführt. Während des Strafverfahrens stellt das Gesetz sicher, dass der Angeklagte so bald wie möglich vertraulich über die Art und die Gründe der gegen ihn erhobenen Beschuldigung unterrichtet wird; dass er über die Zeit und die Mittel verfügt, die für die Vorbereitung seiner Verteidigung erforderlich sind;

Es handelt sich nämlich um eine unangemessene Bestimmung, die ein absolut unangemessenes Honorar festlegt, das die Garantie einer für die Fairness des Verfahrens erforderlichen Mindestqualität untergräbt.¹²¹ Nach dieser Ansicht verstößt die italienische Regelung somit gegen das Recht des nicht muttersprachlichen Angeklagten auf Beiziehung eines Dolmetschers, wie es in der italienischen Verfassung und in der Richtlinie 2010/64/EU¹²² des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Oktober 2010 über das Recht auf einen Sprachdienst und Übersetzungen in Strafverfahren anerkannt wird.

Der Richter hebt in seiner Verfassungsfrage einen Gedanken hervor, der eng mit der zentralen Linie dieser Forschungsarbeit verknüpft ist: die Wirksamkeit der Rechte. In der Tat erinnert er –neben der Würdigung des Inhalts von Artikel 2.8 der genannten Richtlinie – daran, dass der EGMR in seinem Urteil vom 24.

dass er das Recht hat, die Personen, die gegen ihn aussagen, zu vernehmen oder vernehmen zu lassen; dass er das Recht hat, die von seiner Verteidigung vorgeschlagenen Personen unter denselben Bedingungen wie die von der Anklage vorgeschlagenen Personen zu laden und zu vernehmen und alle sonstigen Beweise zu seinen Gunsten zu erlangen; und dass er die Unterstützung eines Dolmetschers in Anspruch nehmen kann, wenn er die in der Verhandlung verwendete Sprache nicht versteht oder spricht. Für die Beweisaufnahme im Strafverfahren gilt die *audiatur et altera pars* kontradiktorischen Verfahrens” (eigene Übersetzung).

121 Eigene Übersetzung.

122 “Die gemäß diesem Artikel bereitgestellte Übersetzung muss von ausreichender Qualität sein, um die Fairness des Verfahrens zu gewährleisten, insbesondere indem sichergestellt wird, dass der Verdächtige oder Beschuldigte in einem Strafverfahren Kenntnis von den gegen ihn erhobenen Anklagepunkten hat und in der Lage ist, sein Recht auf Verteidigung auszuüben.”

Januar 2019 in der Rechtssache *Knox* gegen Italien klar hervorgehoben hat, dass “das Dolmetschen dem Angeklagten ermöglichen muss, zu verstehen, wessen er beschuldigt wird, und sich zu verteidigen, insbesondere indem er dem Gericht seine eigene Darstellung des Sachverhalts vorlegt. Das so gewährleistete Recht muss konkret und wirksam sein.”¹²³

Der Richter hebt in seiner Verfassungsfrage einen Gedanken hervor, der eng mit der zentralen Linie dieser Forschungsarbeit verknüpft ist: die Wirksamkeit der Rechte. In der Tat erinnert er –neben der Würdigung des Inhalts von Artikel 2 Absatz 8 der genannten Richtlinie– daran, dass der EGMR in seinem Urteil vom 24. Januar 2019 in der Rechtssache *Knox gegen Italien* klar hervorgehoben hat, dass “das Dolmetschen dem Angeklagten ermöglichen muss, zu verstehen, wessen er beschuldigt wird, und sich zu verteidigen, insbesondere indem er dem Gericht seine eigene Darstellung des Sachverhalts vorlegt. Das so gewährleistete Recht muss konkret und wirksam sein”. Attina’ endet mit der Aufforderung an das Verfassungsgericht, dass der Gerichtshof der Europäischen Union im Falle von Zweifeln an der Auslegung der Richtlinie 2010/64/EU¹²⁴

123 Eigene Übersetzung

124 Wenn die Bestimmungen der Richtlinie dahin auszulegen sind, dass sie die Mitgliedstaaten verpflichten, Mechanismen zu schaffen, die eine ausreichende Qualität der dem Angeklagten in einem Strafverfahren angebotenen Verdolmetschung gewährleisten, auch hinsichtlich der Vergütung des Dolmetschers, und wenn die Bestimmungen der genannten Richtlinie dahin auszulegen sind, dass sie einer nationalen Regelung wie der italienischen entgegenstehen, die eine Kürzung der Vergütung der Dolmetscher nach den ersten zwei Stunden ihrer Tätigkeit auf nur 8,15 Euro für jeden weiteren Zeitraum von zwei Stunden vorsieht.

gemäß Artikel 267 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union dem Gerichtshof der Europäischen Union eine Frage zur Vorabentscheidung vorlegen sollte.

Die Antwort des italienischen Verfassungsgerichts wird zweifellos interessant sein, da seine Argumentation auf die offensichtliche Unterbezahlung von Pflichtverteidigern übertragen werden könnte, was meiner Meinung nach, wie ich weiter unten (Abschnitt 3.7) ausführen werde, nicht die direkte Ursache für die Unwirksamkeit bestimmtes anwaltlichen Beistands ist, sodass weder Grundkenntnisse und -kompetenzen noch Berufung von wirtschaftlichen Triebkräften verstehen und die Unwirksamkeit des anwaltlichen Beistands nicht auf den Bereich der Pflichtverteidigung beschränkt ist.

Abschließend, und gewissermaßen als Schlusspunkt des vom italienischen Prozessrecht bereitgestellten Lösungskatalog, ist darauf hinzuweisen, dass dem Angeklagten, der Opfer eines unwirksamen anwaltlichen Beistands geworden ist (wenn auch nicht jeder Form der Unwirksamkeit, wie noch zu zeigen sein wird), in einigen Fällen eine Überprüfung des rechtskräftigen Urteils nach Artikel 630.1 d) der Strafprozessordnung¹²⁵ offensteht. Tatsächlich besteht der Revisionsgrund nach

125 Um den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte Wirkung zu verleihen, erklärte das italienische Verfassungsgericht in seinem Urteil Nr. 113 vom 4. bis 7. April 2011 “die Verfassungswidrigkeit von Art. 630 der Strafprozessordnung, in dem Teil, in dem er keinen anderen Fall der Überprüfung des Urteils oder des Strafbefehls vorsieht, um die Wiederaufnahme des Verfahrens zu erreichen, wenn dies gemäß Art. 46 Abs. 1 der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten erforderlich ist, um einem rechtskräftigen Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte nachzukommen”.

Buchstabe d) in dem Nachweis, dass die Verurteilung “als Folge einer Fälschung von Urkunden oder eines Urteils oder eines anderen gesetzlich als Straftat vorgesehenen Umstands ausgesprochen wurde”. Diese letztgenannte Voraussetzung ist im Zusammenhang mit der in Artikel 380 des italienischen Strafgesetzbuches vorgesehenen Straftat zu lesen, die die berufliche Untreue des Rechtsanwalts mit Geld- und Freiheitsstrafe belegt. Die Norm beschreibt zusammengefasst eine Form des unwirksamen anwaltlichen Beistands: jene in welcher der Rechtsanwalt, der sich pflichtwidrig und illoyal von seinen beruflichen Verpflichtungen entfernt und dadurch seinem Mandanten vor der Justizbehörde Schaden zufügt (man denke etwa an den Fall, in dem er absichtlich eine Frist verstreichen lässt und dadurch den Prozess verliert). Ein solcher Fall fiel zweifellos unter den Revisionsgrund des Artikels 630 Absatz 1 Buchstabe d) der Strafprozessordnung.

3.6.- EINE REFLEXION AUS VERGLEICHENDER PERSPEKTIVE

Zurück in Spanien zeigt sich eine bemerkenswerte Zurückhaltung –man könnte auch von Desinteresse sprechen– wenn es darum geht, eine möglicherweise unwirksame anwaltliche Beistandsleistung der gerichtlichen Kontrolle durch die für Rechtsmittel zuständigen Gerichte zu unterziehen. Dieses Thema wird schlicht nicht aufgegriffen, als ob es gar nicht existiere. Gemeint sind die Rechtsmittel der Berufung, der Revision und der Verfassungsbeschwerde, denn die engen Voraussetzungen des in Artikel 954 LECrim vorgesehenen Wiederaufnahmeverfahrens erlauben es in keiner Weise, nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils die Unwirksamkeit des

anwaltschaftlichen Beistands zum Gegenstand des Verfahrens zu machen.¹²⁶

126 “1. Die Überprüfung rechtskräftiger Urteile kann in folgenden Fällen beantragt werden: a) Wenn eine Person in einem rechtskräftigen Strafurteil verurteilt wurde, in dem ein Dokument oder eine Zeugenaussage, die sich später als falsch herausgestellt haben, das durch Gewalt oder Zwang erzwungene Geständnis des Angeklagten oder eine andere strafbare Handlung eines Dritten als Beweismittel gewertet wurden, sofern diese Umstände in einem zu diesem Zweck durchgeführten Strafverfahren durch ein rechtskräftiges Urteil festgestellt wurden. Das Urteil ist nicht vollstreckbar, wenn das zu diesem Zweck eingeleitete Strafverfahren aufgrund von Verjährung, Säumnis, Tod des Angeklagten oder aus einem anderen Grund, der keine inhaltliche Beurteilung erfordert, eingestellt wird. b) Wenn ein rechtskräftiges Strafurteil wegen Rechtsbeugung gegen einen der beteiligten Richter oder Staatsanwälte aufgrund einer Entscheidung in dem Verfahren ergangen ist, in dem das Urteil, dessen Revision beantragt wird, ergangen ist, ohne welches das Urteil anders ausgefallen wäre. c) Wenn über denselben Sachverhalt und denselben Angeklagten zwei rechtskräftige Urteile ergangen sind. d) Wenn nach dem Urteil Tatsachen oder Beweismittel bekannt werden, die, wären sie vorgelegt worden, zu einem Freispruch oder einer weniger schweren Verurteilung geführt hätten. e) Wenn nach einer Vorabentscheidung durch ein Strafgericht ein rechtskräftiges Urteil durch das für die Entscheidung der Frage zuständige Nichtstrafgericht ergeht, das im Widerspruch zum Strafurteil steht. 2. Grund für die Überprüfung eines rechtskräftigen Urteils über eine eigenständige Beschlagnahme ist die Kontradiktion zwischen den darin als bewiesen erklärten Tatsachen und den in einem gegebenenfalls ergangenen rechtskräftigen Strafurteil als bewiesen erklärten Tatsachen. 3. Die Revision eines rechtskräftigen Gerichtsbeschlusses kann beantragt werden, wenn der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte festgestellt hat, dass dieser Beschluss unter Verletzung eines der in der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten und ihren Protokollen anerkannten Rechte ergangen ist, sofern die Verletzung aufgrund ihrer Art und Schwere Auswirkungen

Meiner Ansicht nach –auch auf die Gefahr hin, ins Klischee zu fallen– muss man den Extremen des Pendels ausweichen und ein Gleichgewicht finden. Es ist weder vernünftig noch wird damit der Mindestgehalt des Rechts auf Verteidigung im Allgemeinen und des Rechts auf anwaltlichen Beistand im Besonderen gewahrt, dass diese Frage vor spanischen Gerichten ein Tabuthema darstellt, auch wenn es nicht erforderlich ist, den Prüfungsstandard –*sit venia verbo*– des nordamerikanischen Puritanismus zu erreichen. An diesem Punkt ist die *ex ante*-Beurteilung der Angemessenheit einer zumindest minimal kompetenten anwaltlichen Vertretung von wesentlicher Bedeutung.

Paradoxerweise zeigt sich die amerikanische Doktrin offen unzufrieden – was wiederum den Grad an Tiefe, Analyse und sogar den Verbesserungsanspruch in einem Bereich erkennen lässt, der in Spanien traditionell vernachlässigt wird. So hat RICKS beispielsweise das Fehlen (außerprozessualer) Konsequenzen für unwirksame Rechtsanwälte kritisiert. Nach seiner Auffassung hat der Angeklagte keinerlei Rechtsmittel gegen einen Anwalt, der das durch den *Sixth Amendment* garantierte Recht verletzt hat. Er fügt hinzu, dass die durch das, was er als “Mangel an Konsequenzen und an irgendeiner echten Abschreckungswirkung” bezeichnet, verursachten Probleme dazu führen, dass der Staat mit leichtfertigen Beschwerden überlastet wird und die Ergebnisse weniger verlässlich sind, weil der Verteidiger “auf seinem eigenen Schwert stürzt”. Dadurch, so dieser Autor, “leisten ungeeignete Anwälte weiterhin ungeeigneten Beistand”. Er kommt zu dem Schluss, dass ein System, das keine echten Konsequenzen “für den

hat, die fortbestehen und nur durch diese Revision beseitigt werden können”.

unwirksamen Anwalt, der tatsächlich nicht als solcher tätig wird“, vorsieht, dazu führt, dass die Gesellschaft das Vertrauen in das Justizsystem verliert. Er schlägt vor, dass unwirksame Rechtsanwälte entweder ihr Niveau heben oder “ausgeschaltet” werden sollen. Auf diese Weise “wäre es wahrscheinlicher, dass Angeklagte einen fairen Prozess erhalten, und das allgemeine Kompetenz- und Fähigkeitsniveau der praktizierenden Anwälte würde steigen”. “Als Ergebnis könnte die niedrige Schwelle von Strickland angehoben werden”.¹²⁷

Während es in unserer Rechtskultur als unangebracht –ja sogar standesrechtlich sanktionierbar¹²⁸– gelten kann, dass ein Rechtsanwalt die Arbeit eines anderen Kollegen kritisiert oder dass ein prozessuales Schriftstück sich gerade auf die Unwirksamkeit des vorherigen Anwalts stützt, stellen in den USA die von der *American Bar Association*¹²⁹ veröffentlichten Strafrechtliche Standards einen echten Anreiz dar. Diese Standards,

127 RICKS, J.H. “Raising the Bar: Establishing an Effective Remedy against Ineffective Counsel”, *Brigham Young University Law Review*, Vol. 2015, 2016, S. 1115-1150 (eigene Übersetzung).

128 Auch wenn dies kein echtes Hindernis darstellt, um die Unwirksamkeit eines anderen Anwalts aufzuzeigen, legt Artikel 59.1 des Königlichen Dekrets 135/2021 vom 2. März, mit dem das Allgemeine Statut der spanischen Anwaltschaft verabschiedet wurde, fest, dass „die Angehörigen der Anwaltschaft gegenseitige Loyalität und gegenseitigen Respekt wahren müssen“. Die Artikel 84 d), 85 d) und g) sowie 86 d) betrachten „Handlungen offensichtlicher Missachtung gegenüber Kollegen bei der Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit“ als Verstöße (je nach Schweregrad als sehr schwerwiegend, schwerwiegend oder leicht).

129 Criminal Justice Standards for the Defense Function (Fourth Edition, 2017). Verfügbar auf: [Standards for the Defense Function](#) (letzter Abruf am 6. August 2024)

die darauf abzielen, das Verhalten des Verteidigers zu leiten (Standard 4.1.1 b), erinnern zunächst daran, dass dieser die "schwierige Aufgabe hat, zugleich als Gerichtsbeamter und als loyaler und engagierter Anwalt für seine Mandanten zu dienen" und sicherstellen muss, dass unter anderem die Rechte seiner Mandanten geschützt werden (Standard 4.1.2 b). Sie sind klar und präzise, wenn sie den Rechtsanwalt, der ein neues Mandat übernimmt, ausdrücklich dazu einladen, eine mögliche Unwirksamkeit des zuvor tätigen anwaltlichen Beistands aufzuzeigen: "Wenn der Rechtsanwalt im Berufungs- oder Nachberufungsverfahren der Ansicht ist [...] , dass ein anderer Verteidiger, der in einer früheren Phase des Verfahrens tätig war, keinen wirksamen Beistand geleistet hat, sollte der neue Anwalt nicht zögern, für den Mandanten Abhilfe zu suchen" (Standard 4.9.6 a)¹³⁰.

3.7.- DIE AUFSICHTSPFLICHT DER JUSTIZBEHÖRDEN: DAS FALSCHES DILEMMA ZWISCHEN PFLICHTVERTEIDIGER UND WAHLVERTEIDIGER

Gemäß Artikel 9.2 der spanischen Verfassung sind die staatlichen Behörden verpflichtet, "die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass die Freiheit und Gleichheit des Einzelnen [...] real und wirksam sind, und Hindernisse zu beseitigen, die deren uneingeschränkte Ausübung verhindern oder erschweren".

Selbstverständlich darf der Rechtsuchende nicht die Folgen der mangelnden fachlichen Kompetenz des

130 Darüber hinaus gilt: "Wenn der Verteidiger zu dem Schluss kommt, dass er in einer früheren Phase des Falles keine wirksame Unterstützung geleistet hat, muss er diese Schlussfolgerung dem Mandanten erläutern. [...]" (Standard 4.9.6 b).

Rechtsanwalts tragen, der ihn bei der Verhandlung vertreten hat, unbeschadet der administrativen, zivil- oder strafrechtlichen Verantwortlichkeiten, die der Rechtsbeistand möglicherweise zu tragen hat.

Wie das Urteil des STS 125/2010 vom 16. Februar zutreffend ausführt, “kann man die Entscheidung, ohne entsprechende Hinweise und ohne die gebotene rechtliche Beratung ein Selbstbelastungsgeständnis über eine Tat abzugeben, die mit einer schweren Strafe bedroht ist, nicht allein einem Rechtsanwalt überlassen, auch wenn dieser ein ausgewiesener Rechtsexperte sein mag. Das System darf gegenüber der möglichen fachlichen Unfähigkeit oder dem nachteiligen Rat, der von dem sachkundigen Beistand ausgehen kann und zu einem Geständnis mit äußerst schwerwiegenden Folgen führt, nicht indifferent bleiben. Das System kehrt die Rollen um: Es ist Aufgabe der mit der Ermittlung betrauten Organe –zuerst des Ermittlungsrichters–, die betroffene Person persönlich und unmittelbar darüber zu informieren, welche strafbare Handlung ihr zur Last gelegt wird, sie über sämtliche Rechte, die ihre Verteidigung ausmachen, zu belehren und sie auf die verfassungsrechtlichen Rechte hinzuweisen, die sie von der Pflicht entbinden, gegen sich selbst auszusagen oder ein Geständnis abzulegen. Der Betroffene ist über seine prozessuale Stellung im Einzelnen aufzuklären; er ist darauf hinzuweisen, dass im Ermittlungsstadium eine mögliche Erklärung der Nichtigkeit von Telefonüberwachungen in Betracht kommen kann, damit er angesichts all dieser Möglichkeiten ausreichend informiert entscheiden kann, ob er eine Aussage machen will oder nicht.”

Es ist wichtig zu betonen, dass der EGMR hervorgehoben hat, dass der Staat mit Sorgfalt handeln muss, um den Angeklagten “die tatsächliche und

wirksame Ausübung der durch Artikel 6 garantierten Rechte” zu gewährleisten (siehe die Urteile des EGMR vom 22. März 2007, Rechtssache *Staroszczyk* gegen Polen, und vom 12. Januar 2010, Rechtssache *Bakowska* gegen Polen).

In diesem Sinne hat der EGMR in seinem Urteil vom 21. April 1998 (*Daud* gegen Portugal) erneut betont, dass die bloße Beiordnung eines Verteidigers für sich genommen nicht gewährleistet, dass dem Angeklagten eine wirksame anwaltliche Verteidigung zuteilwird; unter Bezugnahme wiederum auf das Urteil des EGMR vom 24. November 1993 (*Imbrioscia* gegen Schweiz). Der Gerichtshof gelangte daher zu dem Schluss, dass der Rechtsmittelführer keine “praktische und wirksame” Verteidigung erhielt, da “der erste Pflichtverteidiger, bevor er sich krankmeldete, keinerlei Maßnahmen als Verteidiger von Herrn Daud ergriffen hatte, so dass dieser vergeblich versucht hatte, sich selbst zu verteidigen”, und die zweite Pflichtverteidigerin, “von deren Beiordnung der Rechtsmittelführer erst drei Tage vor Beginn der Hauptverhandlung erfuhr (...), nicht über die erforderliche Zeit verfügte, um die Akten zu studieren, ihren Mandanten gegebenenfalls in der Haft zu besuchen und seine Verteidigung vorzubereiten. Die Zeitspanne zwischen der Mitteilung über die Ersetzung des Verteidigers (...) und der Verhandlung (...) war für einen schweren und komplexen Fall, in dem keine gerichtliche Untersuchung durchgeführt worden war und der eine schwerwiegende Verurteilung nach sich zog, viel zu kurz”. Ebenfalls unter Hinweis auf das EGMR-Urteil vom 19. Dezember 1989 (*Kamasinski* gegen Österreich) bestätigte der Gerichtshof, dass “die zuständigen nationalen Behörden nur verpflichtet sind einzugreifen, wenn das Fehlen einer wirksamen anwaltlichen Vertretung durch den Pflichtverteidiger

offensichtlich ist oder wenn sie auf andere Weise hinreichend davon in Kenntnis gesetzt werden”.

In seinem Beschluss vom 7. Juli 2017 zeigte sich die Zweite Kammer zurückhaltend und führte aus, dass “[d]ie Analyse des Rechts auf Verteidigung aus gerichtlicher Perspektive –umso mehr aus der Position dieses Hohen Gerichtes bei der Entscheidung über eine Revision– soll in strikter Neutralität gegenüber der Tätigkeit des Verteidigers, unabhängig von seiner prozessualen Stellung, und strenger Unabhängigkeit in Bezug auf den Inhalt der im Verfahren aufgeworfenen Frage erfolgen. Dies bedeutet, dass das Gericht, das in irgendeiner Instanz entscheidet, außer bei einer krassen Verletzung des Verteidigungsprinzips keinerlei Eingriffe in die Verteidigungstätigkeit einer Partei vornehmen kann, noch selbstverständlich in ihre Prozessstrategie. Die bessere oder schlechtere juristische Qualität Verteidigungsschriftsätze ist für den Richter unerheblich, es sei denn, er stellt deren völlige Abwesenheit fest – das heißt eine gänzliche Nichtexistenz von Verteidigung.”

“In einem solchen Fall”, so das höchste Gericht weiter, “ist sich das Gericht –in der Wahrnehmung, dass seitens der betroffenen Partei der Wille besteht, die für sie nachteilige gerichtliche Entscheidung anzufechten– bewusst, dass der Verteidigungsschriftsatz jede Art von Anfechtung entbehrt, indem er sich auf einen bloßen Verteidigungsritus ohne jegliche Sachargumentation beschränkt, kann das Gericht weder die Tätigkeit der Partei ersetzen – denn dies verbietet ihm die *Audiat et altera pars* (adversatorisches Kontradiktionsprinzip)–, noch kann es die Augen vor einem solchen Anfechtungsdefizit verschließen. Kurz gesagt: Das Gericht ist sich bewusst, dass es nicht die bessere oder schlechtere Qualität der Verteidigung zu beurteilen hat, sondern die größere oder

geringere Stichhaltigkeit der Verteidigungsargumente – darin besteht seine gerichtliche Funktion. Aus diesem Grund ist die Linie, die in solchen Fällen sein Handeln bestimmt, äußerst unscharf, denn es kann sich weder in die Art der Verteidigung einmischen noch ohne Weiteres einen Antrag zurückweisen, der nicht ordnungsgemäß verteidigt wurde. Das bedeutet, dass nur in den Fällen, wie dem vorliegenden gerichtlichen Verfahren, in denen ein völliges Fehlen von Verteidigung festgestellt wird, das Gericht die Angelegenheit an die zuständige Rechtsanwaltskammer weiterleiten kann, damit ein neuer Rechtsanwalt beigeordnet wird, der das Verteidigungsrecht, das jeder Partei zusteht, inhaltlich wirksam ausübt.“

Zurückkommend nun auf die Überwachungspflicht der Gerichte: Es gibt keinerlei Grund, zwischen der Verteidigung durch Pflichtverteidiger und derjenigen durch Wahlverteidiger zu unterscheiden. Und dennoch hat sich gezeigt, dass das gerichtliche Kontrolllupenprinzip vor allem auf die erstgenannte Kategorie gerichtet ist.¹³¹ *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.* Es besteht kein Unterschied zwischen einem im Pflichtverteidigungsdienst eingetragenen Rechtsanwalt und einem Wahlverteidiger. Insbesondere arbeitet der erstgenannte Anwalt in Spanien nicht ausschließlich als Pflichtverteidiger im Sinne eines öffentlichen Verteidigers“,¹³² sondern verbindet die Fälle aus dem

131 Diese Diskriminierung wurde kürzlich von ROCHA GARCÍA, A., kritisiert: “La asistencia inefectiva del letrado en el proceso penal. ¿Puede provocar indefensión la actuación negligente del abogado?”, *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, Nr. 3/2024.

132 Pflichtverteidiger sind in den meisten lateinamerikanischen Ländern fest etabliert. Als Beispiel dient die Erläuterung des mexikanischen Systems von ESQUINCA MUÑOZ, C., “La

Pflichtverteidigungsdienst mit privatem anwaltlichem Beistand. Auch unterscheidet sich die Ausbildung des im Rahmen der Pflichtverteidigung tätigen Rechtsanwalts weder qualitativ noch quantitativ von jener des Wahlverteidigers. Es handelt sich – ich betone es erneut – um denselben Berufsträger, der im ersten Fall (meistens) vom Staat vergütet wird und im zweiten vom Mandanten. Dieser alleinige Unterschied genügt keinesfalls, um den Gerichten zu gestatten, unterschiedliche Maßstäbe bei der Kontrolle einer mindestens wirksamen anwaltlichen Verteidigung anzulegen.

Eine andere Frage ist jedoch, dass die Praxis zeigt, dass die Vergütungen im Rahmen des Pflichtverteidigungsdienstes derart wertlos¹³³ sind, dass es nicht selten zu Desinteresse und Nachlässigkeit seitens einiger im Pflichtverteidigungsdienst eingetragener Rechtsanwälte kommt. Doch handelt es sich dabei um ein anderes Problem – und keineswegs ein ausschließlich den Pflichtverteidigern vorbehaltenes, da sich ebenso Beispiele von Wahlverteidigern finden lassen, die ihre Mandanten vernachlässigen. Die Motivation hängt in hohem Maße vom Verantwortungsbewusstsein des Rechtsanwalts und in nicht geringer Weise von seiner Berufung ab. Dies sollte unabhängig vom *Quantum*

defensoría pública”, in GARCÍA RAMÍREZ und ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL (Hrsg.), *Evolución del sistema penal en México. Tres cuartos de siglo*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Ciudad de México, 2017, S. 151-160.

133 Das Gehalt von Pflichtverteidigern in Spanien ist laut der zwölften Ausgabe des “Indikatorentableaus zur Justiz in der EU 2024”, das am 11. Juni 2024 veröffentlicht wurde, das drittniedrigste in der Europäischen Union. Die Ergebnisse zeigen, dass ein Pflichtverteidiger in Spanien 366 Euro pro Fall erhalten würde. Verfügbar unter: [The 2024 EU Justice Scoreboard](#) (letzter Aufruf am 25. August 2024)

der Vergütung sein. Jeder Rechtsanwalt ist frei, sich im Pflichtverteidigungsdienst¹³⁴ eintragen zu lassen oder daraus auszutreten, und daher kann die geringe Vergütung nicht als Vorwand dienen, die Leistung nicht mit größtem Interesse, größtem Einsatz und mit der größtmöglichen fachlichen Kompetenz zu erbringen.¹³⁵

134 Beispielsweise sieht die Verordnung über den Pflichtverteidigungsdienst und die Prozesskostenhilfe der Anwaltskammer von Barcelona in Artikel 2 die Freiwilligkeit der Aufnahme in den Pflichtverteidigungsdienst vor, während Artikel 26 den freiwilligen Austritt aus dem Pflichtverteidigungsdienst regelt.

135 Man könnte argumentieren, dass in Ländern wie Schweden, Dänemark und Norwegen, wo (hauptsächlich) der Staat die Anwälte bezahlt, die –mit geringer Genauigkeit– alle Teil der Pflichtverteidigung sind, die Qualität der Rechtsberatung mehr als akzeptable Standards erfüllt. Es hat sich jedoch gezeigt, dass die Ausbildungsanforderungen weit von denen in Spanien entfernt sind, und streng genommen basiert das System dieser skandinavischen Länder auf dem gleichberechtigten Zugang zur Justiz und dem Grundsatz der Unschuldsvermutung in dem Sinne, dass jeder Angeklagte, ob zahlungsfähig oder nicht, einen Anwalt wählen kann. Wenn der Angeklagte sich die Honorare nicht leisten kann (oder selbst, wenn er es kann, aber es vorzieht, dass der Staat in erster Instanz seine Kosten übernimmt, was im Einklang mit dem Grundsatz der Unschuldsvermutung steht), beantragt er beim beigeordneten Anwalt, dass er seine Beordnung zum Pflichtverteidiger beantragt. Wird der Angeklagte freigesprochen, wird nicht untersucht, ob er sich den Anwalt hätte leisten können, da es als selbstverständlich gilt, dass selbst ein reicher Mann kein Geld hätte investieren müssen, um seine Unschuld gegenüber dem Staat zu verteidigen. Im Falle eines Schuldspruchs wird die genannte Untersuchung durchgeführt, und wenn festgestellt wird, dass der Angeklagte die Kosten nicht hätte tragen können, werden diese vom Staat übernommen und sind somit für den Angeklagten kostenlos. Sollte die Untersuchung ausreichende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ergeben, muss der Verurteilte die Kosten seiner Verteidigung tragen, obwohl der Staat die Anwaltshonorare bereits vorgestreckt hat. Das

In diesem Zusammenhang – unter Bezugnahme auf die in Artikel 9 Absatz 3 der spanischen Verfassung verankerten Grundsätze der Gesetzmäßigkeit, der Normenhierarchie und des Verbots willkürlichen Handelns der öffentlichen Gewalt – sei an den Inhalt der Absätze 1 und 2 von Artikel 7 der LOPJ erinnert. Während Absatz 1 festlegt, dass die im Kapitel II des Titels I der Verfassung anerkannten Rechte und Freiheiten die Richter und Gerichte in ihrer Gesamtheit binden und von diesen zu gewährleisten sind, bestimmt Absatz 2, dass insbesondere die in Artikel 53.2 CE genannten Rechte stets in Übereinstimmung mit ihrem verfassungsrechtlich definierten Inhalt anzuerkennen sind, ohne dass gerichtliche Entscheidungen diesen Inhalt einschränken, beeinträchtigen oder unangewendet lassen dürfen. Folglich gehört die Gewährleistung der Wirksamkeit des anwaltlichen Beistands (wirksamer anwaltlicher Beistand) zum Kern der gerichtlichen Aufgabe,¹³⁶ und es ist unzulässig, Unterschiede nach der Art der Beordnung des Rechtsanwalts oder der Herkunft

Ergebnis ist klar: Die Verteidiger arbeiten unabhängig von den wirtschaftlichen Möglichkeiten ihres Mandanten mit derselben Zufriedenheit. Siehe hierzu DASH, S., „The Emerging Role and Function of the Criminal Defense Lawyer”, *North Carolina Law Review*, N. 47, vol. 3, 1969, S. 598-632.

136 Wie in den folgenden Absätzen näher erläutert wird, befand die Zweite Kammer des Obersten Gerichtshofs in ihrem Urteil STS 1117/2009 vom 11. November, dass in einer Situation, in der der zur Verteidigung beigeordnete Anwalt „seinen Pflichten nicht nachgekommen ist und dem Rechtsmittelführer damit eine den verfassungsrechtlichen Bestimmungen widersprechende Verteidigungslosigkeit verursacht hat”, kein Zweifel daran besteht, dass „die Gerichte die entsprechenden Maßnahmen hätten ergreifen müssen, um ihn durch einen anderen zu ersetzen”, wodurch eine Verletzung des Rechts auf Verteidigung des Angeklagten vorlag.

der Mittel, mit denen dessen Honorare bezahlt werden, zu machen.

Daher halte ich die doppelte Argumentation, die das Urteil STC 91/1994 vom 21. März als eine Art unerschütterliches Dogma formuliert, für fehlerhaft, unbegründet und unüberlegt:

“Es ist offensichtlich, dass das Gericht in keinem Verfahren die Tätigkeit der rechtsberuflichen Vertreter überwachen kann oder soll, denn bei deren Passivität oder mangelnder fachlicher Sorgfalt stehen andere rechtliche Mechanismen zur Verfügung, um sie disziplinarisch oder vermögensrechtlich in Anspruch zu nehmen.”

[...]

“Es besteht freilich ein Unterschied in der Vorgehensweise gegenüber den Fällen, in denen der Rechtsanwalt von Amts wegen beigeordnet wurde, denn wenn der anwaltliche Beistand frei gewählt wird, beruht sie auf einem zuvor bestehenden Vertrauensverhältnis zwischen dem Mandanten und dem Rechtsanwalt, damit dieser die Verteidigung seiner Interessen vor den Gerichten in vollem Umfang übernimmt. Ein solches Vertrauensverhältnis fehlt bei der Pflichtverteidigung, was einen besonderen Schutz und eine besondere Sorgfalt gegenüber den Betroffenen erforderlich macht, deren tatsächliche Verteidigungsmöglichkeiten in solchen Fällen eingeschränkt sind.”

Das Vertrauen wirkt *ad intra* im Verhältnis zwischen Mandanten und Rechtsanwalt und besitzt für sich genommen keine prozessuale Relevanz. Dagegen entfaltet die Gewährleistung des Kerngehalts des Rechts auf anwaltlichen Beistand ihre Wirkung *ad extra* gegenüber dem Gericht und hat daher prozessuale Bedeutung –in

einem normativ geregelten Rahmen, innerhalb dessen das Gericht, wie gezeigt, eine Überwachungs- und Kontrollpflicht trifft.

Es ist zudem zu beachten, dass aus der Perspektive der fachlichen Qualifikation von der Anwaltskammer von Madrid (*Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid*) verlangt wird, dass die im Pflichtverteidigungsdienst tätigen Rechtsanwälte, die Verfahren im Rahmen eines Europäischen Haftbefehls (EHB) oder eines Auslieferungsverfahrens übernehmen, über eine besondere Fachqualifikation verfügen. Dies ist gerade wegen der Spezialisierung dieser beiden Verfahren erforderlich, die sich deutlich von jenen unterscheiden, die aufgrund der Begehung von Straftaten eingeleitet werden.

Diese Rechtsanwälte müssen seit mindestens zehn Jahren in die Anwaltskammer eingetragen sein und zudem zwingend spezifische Fachfortbildungen in diesem Bereich absolvieren, wie es Artikel 2 der vom Vorstand am 15. September 2023 verabschiedeten Regelungen für den Pflichtverteidigungsdienst vorsieht. In Madrid existiert – anders als beim *Ilustre Colegio de Abogados de las Islas Baleares* – ein eigener, spezieller Pflichtverteidigungsdienst für Verfahren im Zusammenhang mit dem Europäischen Haftbefehl und Auslieferungen. Dies erscheint mir jedoch nicht gerechtfertigt, wenn man bedenkt, dass zwar die Zuständigkeit für passive Auslieferungsverfahren und EHB-Verfahren gemäß Artikel 88 LOPJ ausschließlich bei der *Audiencia Nacional* mit Sitz in Madrid liegt, jedoch touristische Gebiete und Regionen mit hohem Anteil an ausländischen Zweitwohnungsinhabern – wie im Falle der Balearen – ein hohes Aufkommen solcher Verfahren erzeugen, wobei die erste anwaltliche Unterstützung hauptsächlich in der Provinz erfolgt, in der die Festnahme stattfindet.

Diese Frage ist auch von entscheidender Bedeutung für die Wirksamkeit des Rechts auf doppelte Verteidigung (*defensa dual*),¹³⁷ welches in Artikel 10 der Richtlinie 2013/48/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2013 festgehalten ist. Darin geht es über das Recht auf einen anwaltlichen Beistand in Strafverfahren und Verfahren betreffend den Europäischen Haftbefehl, sowie über das Recht auf Unterrichtung eines Dritten bei Freiheitsentzug und auf Kommunikation mit Dritten und konsularischen Behörden während des Freiheitsentzugs,¹³⁸

137 Das heißt, einen Anwalt im Ausstellungsstaat und einen weiteren im Vollstreckungsstaat beizuordnen.

138 **Artikel 10 Recht auf anwaltlichen Beistand in Verfahren nach dem Europäischen Haftbefehl** (im Original kursiv und fett gedruckt)
“(4) Die zuständige Behörde des Vollstreckungsmitgliedstaats unterrichtet die gesuchte Person unverzüglich nach ihrer Festnahme darüber, dass sie das Recht hat, einen Rechtsbeistand im Ausstellungsmitgliedstaat beizuordnen. Die Aufgabe dieses Rechtsanwalts im Ausstellungsmitgliedstaat besteht darin, den Rechtsanwalt des Vollstreckungsmitgliedstaats durch Informationen und Beratung zu unterstützen, damit die ersuchte Person die ihr durch den Rahmenbeschluss 2002/584/JI zustehenden Rechte wirksam wahrnehmen kann.
(5) Möchte die ersuchte Person von ihrem Recht Gebrauch machen, einen Rechtsanwalt im Ausstellungsmitgliedstaat beizustellen, und verfügt sie nicht mehr über einen solchen, so teilt die zuständige Behörde des Vollstreckungsmitgliedstaats dies unverzüglich der zuständigen Behörde des Ausstellungsmitgliedstaats mit. Die zuständige Behörde dieses Mitgliedstaats stellt der ersuchten Person unverzüglich Informationen zur Verfügung, die ihr die Beordnung eines Rechtsanwalts in diesem Staat erleichtern”.

Wie GLERUM hervorgehoben hat, gibt die Präambel der Richtlinie zwar keinen klaren Aufschluss über die potenziellen Vorteile, die der anwaltliche Beistand im Ausstellungsstaat für die justizielle Zusammenarbeit mit sich bringen würde, gibt die Begründung des Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Recht auf einen anwaltlichen Beistand in Strafverfahren und das Recht auf Kommunikation bei der Festnahme¹⁴¹ etwas mehr Aufschluss darüber, da sie zwei Beispiele für

- 139 Erwägungsgrund 46 der Richtlinie enthält Auslegungshinweise dazu, welche Maßnahmen die Mitgliedstaaten ergreifen müssen, um die rasche Beiordnung eines Anwalts im Ausstellungsmitgliedstaat sicherzustellen: „Sobald die zuständige Behörde des Ausstellungsmitgliedstaats Kenntnis davon erlangt, dass die gesuchte Person einen Rechtsanwalt im Ausstellungsmitgliedstaat beiordnen möchte, muss sie der gesuchten Person unverzüglich Informationen zur Verfügung stellen, die ihr die Beiordnung eines Rechtsanwalts in diesem Mitgliedstaat erleichtern. Diese Informationen könnten beispielsweise eine aktuelle Liste von Rechtsanwälten oder den Namen des Pflichtverteidigers im ausstellenden Mitgliedstaat umfassen, der Informationen und Beratung in Fragen im Zusammenhang mit dem Europäischen Haftbefehl geben kann. Die Mitgliedstaaten könnten verlangen, dass diese Liste von der zuständigen Anwaltskammer erstellt wird.“
- 140 Im Rahmen der spanischen Rechtsvorschriften schreibt Artikel 50 des Gesetzes 23/2014 vom 20. November über die gegenseitige Anerkennung von Strafurteilen in der Europäischen Union vor, dass der Beklagte über sein Recht auf „doppelte Verteidigung“ (*defensa dual*) (Absatz 3) sowie über den Verzicht auf dieses Recht (Absatz 4) informiert wird.
- 141 Verfügbar auf: [Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el derecho a un abogado en los procesos penales y el derecho de comunicación en el momento de la detención](#) (letzter Aufruf am 8. August 2024).

anwaltlichen Beistand im Ausstellungsstaat enthält;¹⁴² Dies veranlasst den Autor zu der Schlussfolgerung, die ich teile, dass diese Beispiele davon ausgehen, dass der Rechtsanwalt des Ausstellungsstaats über das erforderliche Fachwissen und die erforderliche Erfahrung verfügt, um dem Mandanten und dem Rechtsanwalt des Vollstreckungsstaats Informationen und Ratschläge zu geben, die für die Ausübung des Verteidigungsrechts des Mandanten relevant sind.¹⁴³

Artikel 5 der Richtlinie 2016/1919/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober über die Prozesskostenhilfe für Verdächtige und Beschuldigte in Strafverfahren und für Personen, die im Rahmen eines Europäischen Haftbefehlsverfahrens¹⁴⁴

142 Die Möglichkeit, das Recht auf Verteidigung der beschuldigten Person wirksam zu machen, indem ein Grund für die Verweigerung der Auslieferung oder die Beschleunigung der Zustimmung zur Auslieferung geltend gemacht wird, wenn tatsächlich keine Gründe vorliegen.

143 GLERUM, V., "Directive 2013/48/EU and the requested person's right to appoint a lawyer in the issuing member State in European Arrest Warrant proceedings", *Review of European and Comparative Law*, XLI, 2020, Issue 2, S. 7-33.

144 **Artikel 5 Kostenlose Rechtsberatung im Rahmen des Europäischen Haftbefehlsverfahrens** (Kursive und Dickdruck im Original)

"1. Der Vollstreckungsmitgliedstaat stellt sicher, dass die gesuchten Personen ab dem Zeitpunkt ihrer Festnahme aufgrund eines Europäischen Haftbefehls bis zu ihrer Übergabe oder bis zur Rechtskraft der Entscheidung, die Übergabe nicht vorzunehmen, Anspruch auf Prozesskostenhilfe haben.

(2) Der Ausstellungsmitgliedstaat stellt sicher, dass Personen, die aufgrund eines Europäischen Haftbefehls zur Strafverfolgung gesucht werden und von ihrem Recht Gebrauch machen, einen Rechtsanwalt im Ausstellungsmitgliedstaat zu benennen, der den Rechtsanwalt im Vollstreckungsmitgliedstaat

gesucht werden, erkennt das Recht auf Prozesskostenhilfe im EHB-Verfahren an und verpflichtet den Vollstreckungsmitgliedstaat, dieses Recht der gesuchten Personen –vom Zeitpunkt ihrer Festnahme aufgrund des obligatorischen Europäischen Haftbefehls bis zu ihrer Übergabe oder bis zur Rechtskraft der Entscheidung über die Ablehnung der Übergabe– zu gewährleisten. In Absatz 2 der genannten Vorschrift ist nämlich festgelegt, dass der Mitgliedstaat, der den Haftbefehl ausgestellt hat, gemäß den Absätzen 4 und 5 des genannten Artikels 10 der Richtlinie 2013/48/EU verpflichtet ist, die Beiordnung eines Rechtsanwalts in diesem Land sicherzustellen, damit dieser den Verteidiger im Vollstreckungsland unterstützt und so den wirksamen Rechtsschutz in Bezug auf das Recht auf Prozesskostenhilfe gewährleistet, sofern dies erforderlich ist.

Die Vorschriften für die Pflichtverteidigung der Anwaltskammer von Madrid (*Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid*) verlangen von Rechtsanwälten, die eine Revisionsbeschwerde einlegen oder an einem Strafverfahren vor dem Nationalen Gerichtshof teilnehmen möchten, eine mindestens zehnjährige Berufserfahrung und einen speziellen Kurs zu diesem Thema (Artikel 2). Da stellt sich unweigerlich die Frage: Warum kann ein neu zugelassener oder in Revisionsverfahren unerfahrener Anwalt diese Berufung einlegen, wenn er vom Mandanten frei gewählt wurde,

gemäß Artikel 10 Absätze 4 und 5 der Richtlinie 2013/48/EU, in dem ausstellenden Mitgliedstaat Anspruch auf unentgeltliche Rechtsberatung für die Zwecke des Europäischen Haftbefehlsverfahrens im Vollstreckungsmitgliedstaat haben, soweit die Prozesskostenhilfe erforderlich ist, um einen wirksamen Rechtsschutz zu gewährleisten.“

obwohl das System selbst einem Fachmann ohne Erfahrung misstraut?

Zweifellos gibt es ein strukturelles Ausbildungsproblem, das in erster Linie von Universitäten und Anwaltskammern angegangen werden muss und das sowohl Wahlverteidiger als auch Pflichtverteidiger gleichermaßen betrifft, trotz der Bemühungen der Kammern, ein Mindestmaß an Erfahrung und Ausbildung der Pflichtverteidiger in bestimmten besonders sensiblen Fällen sicherzustellen.

Es darf nicht verwechselt werden, dass die strukturelle, historische und vielleicht sogar ewige Ungleichheit zwischen Anwälten und Staatsanwälten¹⁴⁵

145 Dies ist zweifellos das Ergebnis des strengen Zulassungssystems für die Laufbahn als Staatsanwalt, das im Gegensatz zu der laschen Regelung steht, mit der Juristen nach Abschluss des Masterstudiengangs und ohne Unterbrechung nach Bestehen der staatlichen Prüfung –deren Erfolgsquote sehr hoch ist– als Rechtsanwält zugelassen werden können. Nachdem am 17. August 2024 über das Transparenzportal der spanischen Zentralverwaltung ein Antrag auf Zugang zu öffentlichen Informationen zu diesem Thema gestellt worden war, übermittelte die Generaldirektorin für den öffentlichen Dienst der Justiz mit Beschluss vom 25. Oktober 2024 die folgenden Informationen (siehe Anhang):

2021, 1. Ausschreibung: 6.219 Bewerber, 5.829 zugelassen

2021, 2. Ausschreibung: 1.131 Bewerber, 1.032 zugelassen;

2022, 1. Ausschreibung: 6.436 Bewerber, 5.790 zugelassen;

2022, 2. Ausschreibung: 1.547 Bewerber, 1.463 zugelassen;

2023, 1. Ausschreibung: 6.370 Bewerber, 6.016 zugelassen;

2023, 2. Ausschreibung: 1.427 Bewerber, 1.295 zugelassen; und

2024, 1. Ausschreibung: 6.189 Bewerber, 6.109 zugelassen.

Aus den vorstehenden Daten lässt sich leicht ableiten, dass es keinen echten Filter gibt. Auf der Grundlage der von der Generaldirektorin vorgelegten Zahlen ergibt sich für den Zeitraum 2021-2024 eine niedrigste Quote an geeigneten

nicht der Gerichtsbarkeit anzulasten ist, die sich davon distanzieren kann, wenn die Unerfahrenheit oder fachliche Unterlegenheit des Anwalts nicht im Geringsten zu der Verteidigungsfunktion beiträgt, die er im Verfahren als Gegenspieler und natürliches Gegengewicht zur Anklage zu erfüllen hat.

Es mag selbstverständlich erscheinen, aber wie der Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten im Fall *Cronic* unter Verweis auf den Fall *Anders* gegen Kalifornien¹⁴⁶ betonte, verlangt das kontradiktorische System, dass der Angeklagte “einen Anwalt hat, der die Rolle eines Verteidigers wahrnimmt”.¹⁴⁷ Mit den Worten des US-amerikanischen Richters WYZANSKI: “Ein Strafprozess ist zwar kein Spiel, bei dem von den Teilnehmern erwartet wird, dass sie mit ähnlichen Fähigkeiten in den Ring steigen, aber er ist auch kein Opfer von wehrlosen Gefangenen durch Gladiatoren”.¹⁴⁸

In engem Zusammenhang mit dem zuvor Erwähnten besteht in der Praxis der spanischen Strafgerichte eine ständige Spannung zwischen: 1. dem Recht auf Verteidigung im Allgemeinen und dem Recht auf anwaltlichen Beistand im Besonderen (Art. 24.2 CE); und 2. dem Verbot von Rechtsmissbrauch und unredlichem Verhalten (Art. 11.1 und 11.2 LOPJ in Verbindung mit dem im Art. 1.1 CE verankerten Wert

Bewerbern von 89,96 % (1. Ausschreibung 2022) und eine höchste Quote von 98,71 % (1. Ausschreibung 2024), wobei die durchschnittliche Erfolgsquote in diesem Zeitraum bei 93,34 % liegt.

146 *Anders* gegen California, 386 U.S. 738, 743 (1967).

147 Eigene Übersetzung.

148 *United States ex Rel. Williams v. Twomey*, 510 F.2d 634 (7th Cir. 1975) (eigene Übersetzung).

der Gerechtigkeit), sowie dem Recht auf ein Verfahren ohne unangemessene Verzögerungen (Art. 24.2 CE). Dies zeigt sich besonders in den –äußerst häufigen– Fällen, in denen der Angeklagte so kurzfristig auf die Dienste seines Rechtsanwalts verzichtet, dass es einem anderen Rechtsanwalt faktisch unmöglich ist, ihm einen *wirksamen* anwaltlichen Beistand zu leisten, weil schlicht nicht genügend Zeit zur Vorbereitung der Verteidigung verbleibt; oder in jenen anderen Fällen, in denen sich der Rechtsanwalt –aus welchem Grund auch immer– nicht mit dem Angeklagten in Verbindung setzen konnte (die häufigsten Konstellationen gehen dabei auf die Passivität des Rechtsanwalts zurück, während in anderen Fällen –insbesondere im Bereich des Auslieferungsrechts und der EHB-Verfahren– die äußerst kurzen Fristen, die Verfahrensbeschleunigung sowie unerwartete Verlegungen in andere Justizvollzugsanstalten, eine Kommunikation verhindern).

Unter Anwendung von Art. 6.3.b) der Europäischen Menschenrechtskonvention, erklärte das Urteil der 2. Kammer des Landgerichts Santa Cruz de Tenerife 218/2018 vom 26. Juni für nichtig, da “die Anwältin des Rechtsmittelführers nicht über die erforderliche Zeit für die Vorbereitung der Verteidigung ihres Mandanten verfügt hätte und ihm daher sie ihm keine wirksame Verteidigung bieten konnte”. In diesem Urteil wurde weiter ausgeführt:

“Das Recht auf ein faires Verfahren umfasst unter anderem das ‘Recht, über die zur Vorbereitung der Verteidigung erforderliche Zeit und Mittel zu verfügen’ (Art. 6.3.b EMRK), und dies schließt ‘alles ein, was zur Vorbereitung des Verfahrens erforderlich ist’ (STEDH M c. Niederlande, 25.10.2017), was die vor Beginn des Verfahrens erforderlichen Maßnahmen zur Organisation

der Verteidigung umfasst (SSTEDH Campbell und Fell gegen Vereinigtes Königreich, 28.6.1984; Mattoccia gegen Italien, 25.7.2000; GB gegen Frankreich vom 2.1.2002)”

In den Worten des Urteils der Zivil- und Strafkammer des Obersten Gerichtshofs von Madrid 87/2018 unter Verweis auf den bereits erwähnten Art. 6.3.b) der EMRK:

“Es ist offenkundig, dass sich auf diese Beistandsleistung auch das Erfordernis der Effektivität bzw. Effizienz erstrecken muss, widrigenfalls es sich um ein leeres oder lediglich formales Recht handeln würde. Denn nichts liegt näher, als davon auszugehen, dass eine angemessene Verteidigung und anwaltliche Unterstützung das vorausgehende Erfordernis einer verständlichen und sogar flüssigen persönlichen Kommunikation voraussetzt – in einer derart entscheidenden Angelegenheit wie der Übermittlung nicht nur von Tatsachen, sondern auch von Erlebnissen und Einschätzungen seitens des Angeklagten an den Rechtsanwalt im Hinblick auf die anstehende Hauptverhandlung, ganz abgesehen von seiner Mitwirkung bei der Benennung von Beweismitteln. Und es liegt auf der Hand, dass sich all dies ohne weiteres integrationsbedürftiges Bemühen natürlich in das zuvor dargestellte Bündel von Rechten einfügen lässt, insbesondere in das Recht des Angeklagten, über die zur Vorbereitung seiner Verteidigung erforderlichen Erleichterungen zu verfügen [Art. 6 Abs. 3 Buchst. b EMRK].”

In ausgewogener Weise äußerte sich das Urteil des Obersten Gerichtshofs 795/2017 vom 11. Dezember:

“[...] im Strafverfahren laufen rechtliche Interessen sehr unterschiedlicher Art zusammen. Die Notwendigkeit, ein Gleichgewicht zwischen all diesen

Rechten herzustellen, erfordert, dass das Gericht je nach Einzelfall abwägt, welches Maß an Entbehrungen den übrigen Parteien zumutbar ist, wenn eine von ihnen einen überraschenden Vorfall einbringt, der den normalen Ablauf des Verfahrens stören kann.”

Ausführlicher formuliert es das Urteil des Obersten Gerichtshofs 686/2020 vom 14. Dezember:

“Die Rechtsprechung des EGMR, des spanischen Verfassungsgerichts (TC) und des Obersten Gerichtshofs (TS) lässt sich in folgenden Punkten zusammenfassen: 1°. Das verfassungsrechtlich garantierte Recht auf Verteidigung, das auch das Recht umfasst, sich von einem Anwalt des Vertrauens verteidigen zu lassen, berechtigt den Angeklagten grundsätzlich dazu, den Rechtsanwalt zu wechseln, wenn das Vertrauen verloren gegangen ist oder wenn der Angeklagte auf den Pflichtverteidiger verzichten und einen des Vertrauens beordnen möchte, weil er sich unzureichend verteidigt fühlt. Denn die Befugnis der freien Anwaltswahl beinhaltet die Möglichkeit, den Anwalt zu wechseln, wenn der Betroffene dies zur Wahrung seiner Interessen für angezeigt hält. 2°. Dieses Recht ist jedoch nicht unbegrenzt. Es wird unter anderem dadurch eingeschränkt, dass das Gericht verpflichtet ist, Anträge zurückzuweisen, die eine missbräuchliche Rechtsausübung oder einen prozessualen Rechtsmissbrauch im Sinne des Artikels 11 Abs. 2 LOPJ darstellen. 3°. Die Berufung auf den Rechtsmissbrauch darf sich nicht in ein routinemäßig verwendetes Kriterium zur Ablehnung eines Antrags auf Anwaltswechsel verwandeln, da es sich dabei um eine Einschränkung der Ausübung eines Grundrechts handelt, dessen wesentlicher Gehalt zu respektieren ist. 4°. Die Fälle, in denen der Antrag auf Wechsel des beigeordneten Rechtsanwalts vom Gericht wegen

Rechtsmissbrauchs als unbegründet zurückgewiesen werden kann, sind diejenigen, in denen der Antrag willkürlich ist –d. h. unbegründet oder unzureichend begründet–, und zwar: a) wenn die Tätigkeit der Pflichtverteidigung im Verfahren keinerlei Mängel erkennen lässt; b) wenn die vom Angeklagten selbst behaupteten Mängel oder Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich der Verteidigungsarbeit seines Anwalts unerheblich oder offensichtlich unbegründet erscheinen; c) wenn eine prozessverschleppende Strategie erkennbar ist, weil der Antrag ohne sachlichen Grund erst unmittelbar vor Beginn der Hauptverhandlung gestellt wird; d) oder wenn eine bewusste Nachlässigkeit im Hinblick auf die Geltendmachung des eigenen Verteidigungsrechts festgestellt wird. 5°. In jedem Fall ist das Gericht verpflichtet, die Ablehnung – sofern sie in der Verhandlung erfolgt – in der Entscheidung ausdrücklich zu begründen. 6°. Entscheidend für die Beurteilung, ob eine Verletzung des verfassungsrechtlichen Rechts auf Verteidigung vorliegt, ist letztlich das Kriterium, ob der Angeklagte über eine „wirksame Verteidigung“ verfügt hat oder nicht (STS Nr. 821/2016 vom 2. November).

Nach meiner Auffassung kann –ebenso wie die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung die Konturen des Rechts auf Beweisaufnahme in durchaus weitem Sinne ausgelegt hat (SSTC 169/1996 vom 29. Oktober und 80/2011 vom 6. Juni¹⁴⁹)– das Recht auf anwaltlichen Beistand nicht schlechter gestellt werden.

Abgesehen von jenen Fällen, in denen Anhaltspunkte für Bösgläubigkeit oder missbräuchliche Rechtsausübung

149 Diese Doktrin wurde von der Zweiten Kammer des Obersten Gerichtshofs übernommen. Siehe beispielsweise die Urteile 114/2001 vom 31. Mai und 72/2014 vom 29. Januar.

bestehen, sollte daher der Wechsel des Rechtsanwalts und damit die Aussetzung und erneute Terminierung der Hauptverhandlung grundsätzlich akzeptiert werden.

Das Gegenteil würde bedeuten, dass das Gericht selbst einen unwirksamen anwaltlichen Beistand erzwingt, da weder der neue Rechtsanwalt, dem es an der notwendigen Zeit zur Vorbereitung der Verteidigung mangelt, noch – in vielen Fällen – der ursprüngliche Rechtsanwalt (der in der Verteidigung verbleiben könnte, sofern das Gericht den Rücktritt nicht akzeptiert, obwohl er unvorbereitet ist oder nicht mit seinem Mandanten gesprochen hat), in der Lage wären, einen Mindeststandard an Qualität bei der Ausübung des Verteidigungsrechts zu gewährleisten.

Wenn begründete Zweifel bestehen, die darauf hindeuten, dass der Angeklagte schutzlos bleiben wird, würde die Ablehnung der Aussetzung - unter dem Vorwand, das Recht auf ein Verfahren ohne unangemessene Verzögerungen zu gewährleisten - den Wesensgehalt des Rechts auf anwaltlichen Beistand nicht wahren.

3.8.- DIE PROZESSUALE FOLGE DER FESTSTELLUNG EINES UNWIRKSAMEN ANWÄLTlichen BEISTANDS

Wie in den vorangegangenen Absätzen dargelegt, hat die Zweite Kammer des Obersten Gerichtshofs selbst anerkannt, dass ein unwirksamer anwaltlicher Beistand eine Verteidigungslosigkeit des Rechtssuchenden zur Folge hätte. Die Frage ist daher, wie ein Rechtsmittel über eine derart schwerwiegende Situation in unserem System vorgebracht und begründet werden kann.

Um dem Gericht wirksame Korrekturmechanismen an die Hand zu legen, erscheint es mir erforderlich, diese Problematik in einen der Nichtigkeitsgründe nach Artikel

238 LOPJ einzuordnen. Alles deutet darauf hin, dass der dritte Grund dieser Vorschrift¹⁵⁰ am geeignetsten ist, da er die Verteidigungslosigkeit (*indefensión*) als *conditio sine qua non*¹⁵¹ voraussetzt. Dabei stellt sich jedoch eine Schwierigkeit: Welche wesentliche Verfahrensnorm wäre missachtet worden? Obwohl mir bewusst ist, dass es sich um einen sehr engen Ansatz handelt¹⁵²,

150 “Verfahrenshandlungen sind in folgenden Fällen von Rechts wegen nichtig: [...] 3. Wenn wesentliche Verfahrensvorschriften nicht eingehalten werden, sofern dies zu einer Verteidigungslosigkeit geführt haben könnte.”

151 Das Urteil STS 370/2021 vom 4. Mai, das zahlreiche Verfassungsgrundsätze zu dieser Frage zusammenfasst, ist ein gutes Beispiel dafür, dass sowohl der Oberste Gerichtshof als auch das Verfassungsgericht verlangen, dass die Verteidigungslosigkeit materiell und nicht nur formal oder scheinbar ist: “[...] es liegt keine Verteidigungslosigkeit von verfassungsrechtlicher oder verfahrensrechtlicher Bedeutung vor, wenn trotz einer Unregelmäßigkeit es nicht zu einer tatsächlichen und realen Beeinträchtigung des Rechts auf Verteidigung mit der daraus folgenden tatsächlichen und realen Schädigung der Interessen der betroffenen Partei kommt, entweder weil kein Zusammenhang zwischen den zu beweisenden Tatsachen und den zurückgewiesenen Beweisen besteht oder weil nachgewiesen ist, dass der Betroffene trotz der Zurückweisung seine Rechte und berechtigten Interessen verteidigen konnte” [...] “Es reicht daher nicht aus, dass ein Verfahrensfehler tatsächlich vorliegt, wenn dieser keine Einschränkung oder Beeinträchtigung des Verteidigungsrechts in Bezug auf das Interesse desjenigen, der sich darauf beruft, zur Folge hat, wobei bloße Situationen der Erwartung einer Gefahr oder eines Risikos nicht gleichwertig sind (SSTC 90/88, 181/94 und 316/94).”

152 Dieser Punkt blieb Professorin Alicia Bernardo bei der Verteidigung meines Forschungsprojekts nicht verborgen und löste eine äußerst interessante Debatte mit dem genannten Mitglied der Auswahlkommission des Auswahlverfahrens aus, in der Letztere zusammenfassend argumentierte, dass es leicht

erlaubt eine Auslegung des Artikels 546.1 LOPJ¹⁵³ in Verbindung mit Artikel 7 desselben Gesetzeskörpers¹⁵⁴ – gelesen im Lichte des Grundrechts auf anwaltlichen Beistand – den Schluss, dass in jenen Fällen, in denen das Gericht den (im weiten Sinne verstandene) anwaltlichen Beistand “in den durch die Verfassung festgelegten Bedingungen” nicht gewährleistet hat – das heißt keinen mindestens kompetenten bzw. wirksamen anwaltlichen Beistand –, der Richter bzw. das Gericht seiner Überwachungspflicht nicht nachgekommen ist und damit von den wesentlichsten Verfahrensnormen abgewichen wäre. Wie auch immer – ohne dabei die Argumentation zu erzwingen oder den Inhalt des Artikels

widersprüchlich sein könnte, den materiellen Charakter des Rechts auf anwaltlichen Beistand zu betonen und ihn dann dennoch in einer verfahrensrechtlichen Vorschrift zu verankern. Insgesamt ermöglichen jedoch eine integrative Sichtweise der Rechtsordnung und der klare Auftrag von Artikel 546.1 LOPJ meiner Meinung nach, die These dieser Monografie zu halten.

153 “Die staatlichen Behörden sind verpflichtet, die Verteidigung und Unterstützung durch einen Rechtsanwalt oder die fachliche Vertretung durch einen Sozialfachmann gemäß den Bestimmungen der Verfassung und der Gesetze zu gewährleisten.”

154 “1. Die in Kapitel II von Titel I der Verfassung anerkannten Rechte und Freiheiten sind in ihrer Gesamtheit für alle Richter und Gerichte verbindlich und unterliegen deren wirksamer Schutzgewalt.

2. Insbesondere werden die in Artikel 53.2 der Verfassung genannten Rechte in jedem Fall gemäß ihrem verfassungsmäßig erklärten Inhalt anerkannt, ohne dass gerichtliche Entscheidungen diesen Inhalt einschränken, beeinträchtigen oder außer Kraft setzen können.

3. Die Gerichte schützen die legitimen Rechte und Interessen sowohl des Einzelnen als auch der Gemeinschaft, ohne dass es in irgendeinem Fall zu einer Verteidigungslosigkeit kommen darf

546.1 LOPJ zu überdehnen– lassen sich die verletzten wesentlichen Verfahrensnormen auf die Verletzung des Grundrechts auf wirksamen anwaltlichen Beistand im Prozess zurückführen, und zwar in zweifacher Hinsicht: Aus der Perspektive der mangelhaften anwaltlichen Tätigkeit; und aus der Perspektive des Versagens der gerichtlichen Überwachungspflichten. In diesem Sinne könnte diese Verletzung des Grundrechts als eine Art implizite “Super-Ursache” der Nichtigkeit geltend gemacht werden, die sich ohne Weiteres in Artikel 238.3 LOPJ einfügt.^{155,156}

Die Anwesenheit des Rechtsanwalts ist nämlich nicht gleichbedeutend mit bloßer physischer Anwesenheit und

155 Ich bin Fernando Gascón für seine Überlegungen zu diesem Thema sehr dankbar, da sie mir geholfen haben zu verstehen (und zu bekräftigen), dass es nicht notwendig ist, sich an eine bestimmte (nicht existente) Vorschrift zu klammern, sondern dass der Schutz des Grundrechts durch Nichtigkeit durch eine Gesamtinterpretation erreicht werden kann, die die Gültigkeit des genannten Rechts gewährleistet.

156 Die Einwendung oder Vorbehalt, den Professor López Simó bei der Verteidigung des Forschungsprojekts im Auswahlverfahren vorbrachte, war sehr treffend, da er darauf hinwies, dass nach der aktuellen Verfassungsdoktrin das Verfassungsgericht keine Verteidigungslosigkeit anerkennt, wenn diese der Partei zuzuschreiben ist, und natürlich der Anwalt im prozessualen Sinne Teil der Partei ist (siehe beispielsweise die Urteile des Verfassungsgerichts 205/1988 vom 7. November und 112/1989 vom 19. Juni). Trotz dieser Schwierigkeit steht jedoch fest, dass in dieser Monografie gerade das Handeln des Rechtsanwalts, seine Grenzen und seine Folgen für den Rechtsuchenden in Frage gestellt werden und dass das Verfassungsgericht noch keine Gelegenheit hatte, eine Rechtslehre zu dieser Frage zu schaffen, weshalb sich die Zweite Kammer des Obersten Gerichtshofs, wie wir gesehen haben, auf die amerikanische Rechtsprechung stützen und den *Strickland*-Standard übernehmen musste.

kann auch nicht damit gleichgesetzt werden. In diesem Sinne kommt das Urteil des Obersten Gerichtshofs 1117/2009 vom 11. November klar zu dem Schluss, dass das Recht auf Verteidigung “nicht mit einer rein nominellen Beordnung eines Rechtsanwalts erfüllt ist, sondern dass der Angeklagte über eine wirksame Verteidigung verfügen muss”.

Es versteht sich von selbst, dass anwaltlicher Beistand auch nicht der physischen Anwesenheit, begleitet von einer offensichtlich mangelhaften Leistung gleichbedeutend sein sollte.

Hinsichtlich der ersten Frage –*mutatis mutandis* in Bezug auf Kontext und Rahmen– ist es hilfreich, sich vor Augen zu führen, wie die Polizeibehörden das in Artikel 520.2 c) LECrim¹⁵⁷ vorgesehene Recht auf anwaltlichen Beistand bis zur durch die *Ley Orgánica* 5/2015 vom 27. April¹⁵⁸ eingeführten Reform auszulegen pflegten. In der Tat gingen die Verantwortlichen der Polizeidienststellen einhellig davon aus, dass dieses Recht bereits durch die bloße körperliche Anwesenheit des Rechtsanwalts erfüllt sei. Dabei handelte es sich jedoch um eine unlogische, absurde und willkürliche Auslegung, die den Kerngehalt des Grundrechts vollständig leerte, mit der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, die

157 “Recht auf Beordnung eines Rechtsanwalts und auf dessen Anwesenheit bei polizeilichen und gerichtlichen Vernehmungen sowie bei Gegenüberstellungen, denen Sie unterzogen werden”.

158 *Ley Orgánica* 5/2015 vom 27. April zur Änderung der Strafprozessordnung und der *Ley Orgánica* 6/1985 vom 1. Juli über die Judikative zur Umsetzung der Richtlinie 2010/64/EU vom 20. Oktober 2010 über das Recht auf Dolmetschen und Übersetzungen in Strafverfahren und der Richtlinie 2012/13/EU vom 22. Mai 2012 über das Recht auf Belehrung in Strafverfahren.

gemäß Artikel 5.1 LOPJ¹⁵⁹ zwingend zu beachten ist, kollidierte, ebenso wie mit der übrigen Rechtsordnung.¹⁶⁰ In den letzten Jahren dieser Kontroverse stand sie zudem im klaren Widerspruch zu den eindeutigen Vorgaben der Richtlinie 2013/48/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2013 über u. a. das Recht auf anwaltlichen Beistand in Strafverfahren. Diese verpflichtet die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass der Beschuldigte das Recht hat, ohne ungerechtfertigte Verzögerung und jedenfalls vor der polizeilichen Vernehmung durch einen Rechtsanwalt unterstützt zu werden (Art. 3 Abs. 2 Buchst. a). Dieses Recht auf anwaltlichen Beistand umfasst insbesondere ein vertrauliches Gespräch zwischen Festgenommenem

159 In den Worten des Verfassungsgerichts –systematisch ignoriert in der Praxis– in seinem Urteil 196/1987 vom 11. Dezember, entspricht die Anwesenheit des Rechtsanwalts bei der polizeilichen Vernehmung des Festgenommenen „dem Zweck, gemäß den Bestimmungen von Artikel 520 der Strafprozessordnung durch seine persönliche Anwesenheit sicherzustellen, dass die verfassungsmäßigen Rechte des Verhafteten gewahrt bleiben, dass er keiner Nötigung oder Behandlung ausgesetzt wird, die mit seiner Würde und seiner Aussagefreiheit unvereinbar ist, und dass er die **erforderliche fachliche Beratung über das bei Vernehmungen zu beachtende Verhalten, einschließlich des Schweigerechts**, sowie über sein Recht erhält, nach Abschluss der Vernehmung in Anwesenheit des Rechtsanwalts die Richtigkeit der Niederschrift der Aussage, die ihm zur Unterschrift vorgelegt wird, zu überprüfen“ (Hervorhebung hinzugefügt).

160 Das Gesetz LO 5/2000 vom 12. Januar zur Regelung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Minderjährigen sah diese vertrauliche Vorabbefragung bereits in Absatz 2 des Artikels 17.2 vor.

und Anwalt, “einschließlich vor der polizeilichen Vernehmung” (Art. 3.3 Absatz. a).¹⁶¹

Die Verfahrensreform von 2015 setzte dieser Situation ein Ende, laut der es Rechtsanwälten untersagt war, den Festgenommenen durch ein vertrauliches Gespräch vor der Vernehmung rechtlich beizustehen (es war ihnen sogar untersagt, in Anwesenheit von Polizeibeamten zu kommunizieren), indem in Artikel 520.6 der Inhalt und Umfang der anwaltlichen Beistandschaft wie folgt festgelegt wurde:

“a) Gegebenenfalls zu beantragen, dass der Festgenommene oder Inhaftierte über die in Absatz 2 festgelegten Rechte informiert wird und dass gegebenenfalls die in Buchstabe i) genannte ärztliche Untersuchung durchgeführt wird.

b) An den Vernehmungen des Festgenommenen, an den ihn betreffenden Erkennungsmaßnahmen und an den Rekonstruktionen der Tatsachen, an denen der Festgenommene beteiligt ist, teilzunehmen. Der Rechtsanwalt kann den Richter oder Beamten, der die von ihm begleiteten Ermittlungshandlungen durchgeführt hat, nach deren Abschluss um eine Erklärung oder

161 Eine kritische Analyse dieser Richtlinie findet sich in ARANGÜENA FANEGO, C., “El derecho a la asistencia letrada en la Directiva 2013/48/UE”, *Revista General de Derecho Europeo* Nr. 32, Januar 2014, Iustel (RI §414328). Siehe auch JIMENO BULNES, M., “La Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013 sobre los derechos de asistencia letrada y comunicación en el proceso penal: ¿realidad al fin?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* Nr. 48, Mai/August 2014, S. 443-489; und GLERUM, V., “Directive 2013/48/EU and the requested person’s right ...”, *op. cit.*

Ergänzung der Punkte bitten, die er für zweckmäßig hält, sowie um die Aufnahme aller Vorkommnisse, die während der Ermittlungshandlungen stattgefunden haben, in das Protokoll.

c) Den Festgenommenen über die Folgen der Erteilung oder Verweigerung der Zustimmung zu den von ihm verlangten Verfahren zu informieren.

[...]

d) Sich unter Ausschluss der Öffentlichkeit mit dem Festgenommenen zu beraten, auch bevor dessen Aussage von der Polizei, der Staatsanwaltschaft oder der Justizbehörde aufgenommen wird, unbeschadet der Bestimmungen des Artikels 527”.

Wenn das Gericht bei unwirksamem anwaltlichem Beistand nicht für eine wirksame Rechtsvertretung sorgt und es aus diesem Grund zu einer Verteidigungslosigkeit kommt, ist dies als Verstoß gegen die grundlegendsten Verfahrensvorschriften anzusehen und führt zweifellos zur Nichtigkeit des Verfahrens.

Ebenso könnte ein unwirksamer anwaltlicher Beistand, der eine Verteidigungslosigkeit verursacht, der fehlenden Mitwirkung eines Rechtsanwalts in den Fällen, in denen die gesetzliche Ordnung dessen Beistand als zwingend vorschreibt, gleichzustellen sein –oder sogar schwerer wiegen– (Nr. 4 des Artikels 238 LOPJ).

Auch wenn klar ist, dass der Gesetzgeber diese Situation für Fälle vorgesehen hat, in denen auf die physische Anwesenheit eines Rechtsanwalts verzichtet wird, ist es doch so, dass in Fällen, in denen der Anwalt durch sein Eingreifen die Situation seines Mandanten verschlimmert hat, es sinnvoll wäre, sich auf diesen Grund zu berufen, da es keine spezifische gesetzliche

Regelung gibt, unbeeinträchtigt von dem, was ich in Bezug auf den 3. Grund dargelegt habe, der meiner Meinung nach der natürliche Weg sein sollte, um offensichtlich unwirksamen anwaltlichen Beistand anzuzeigen.

In vereinzelt Fällen hat die Strafkammer des Tribunal Supremo den Rechtsmittelführer geschützt, indem sie auf eine Lösung zurückgriff, die ebenso lobenswert wie rechtstechnisch schwer verankert zu sein, das bedeutet, ohne Benennung der Vorschrift und/oder des prozessualen Weges, welcher die Lösung, die ich in den folgenden Linien vortragen werde, tragen könnte. In ihrem Beschluss vom 7. Juli 2017 entschied das höchste Gericht –nachdem es die völlige Qualitätslosigkeit einer von einem Pflichtverteidiger eingelegten Revisionsrechtsmittel gegen das erstinstanzliche Urteil nachgewiesen hatte – zugunsten des Angeklagten, ohne über das eingelegte Rechtsmittel zu befinden, dessen Fehlerhaftigkeit und Leere von der Staatsanwaltschaft im Rahmen der Erwiderung scharf kritisiert worden waren. In diesem Fall entschied die Zweite Kammer wörtlich wie folgt:

“Die in der Revisionsinstanz erfolgte Beiordnung des Pflichtverteidigers für den Verurteilten wird aufgehoben; die nachfolgend vorgenommenen Verfahrenshandlungen werden für nichtig erklärt. Folglich hat der Beistand der Justizverwaltung die Beiordnung eines neuen Rechtsanwalts zu veranlassen, der das entsprechende Rechtsmittel einlegen kann, sofern der Rechtsmittelführer keinen Anwalt seines Vertrauens benennt.

Diese Entscheidung wird dem Vorstand der Anwaltskammer zur weiteren administrativen Bearbeitung mitgeteilt”.

Wie bereits angedeutet, ist die Lösung des Obersten Gerichtshofs angesichts des eklatanten Verteidigungsdefizits zwar insofern lobenswert, da sie letztlich die in Artikel 1.1 der Verfassung verankerten Werte von Gerechtigkeit und Gleichheit schützt. Dennoch verfügt der Beschluss nicht über eine tragfähige rechtliche Begründung, aus der sich ursächlich und normativ die angeordnete Nichtigkeit ableiten ließe. Denn diese Nichtigkeit bezieht sich streng genommen nicht auf einen prozessualen Akt, sondern auf eine Beiordnung durch die Anwaltskammer (eine Maßnahme, die zwar unzweifelhaft prozessrelevante Auswirkungen hat, ihrer Natur nach aber verwaltungsmäßig und außerprozessual ist¹⁶²). Tatsächlich nennt die Zweite

162 Zweifellos hat das Verfassungsgericht im Bereich der gemischten Verfassungsbeschwerden ein weitergehendes Kriterium der Rückverweisung angewandt, in denen es zu einer Überschneidung zwischen prozessualen und außerprozessualen Grundrechtsverletzungen kommt. In diesen Fällen wäre es aus prozessualer Sicht –im Einklang mit dem Grundsatz der Rückverweisung (retrotracción) und der Kohärenz der Anträge –korrekt, die Nichtigklärung der gerichtlichen Entscheidung auszusprechen und damit der ordentlichen Gerichtsbarkeit die Möglichkeit zu eröffnen, erneut über den materiellen Gehalt des Verwaltungsakts zu entscheiden, um anschließend gegebenenfalls den Weg der Verfassungsbeschwerde nach Artikel 43 der *Ley Orgánica 2/1979* vom 3. Oktober über das Verfassungsgericht (im Folgenden: LOTC) erneut zu öffnen. Um jedoch keine kontraproduktiven Wirkungen zu entfalten und den wirksamen Rechtsschutz des Rechtsmittelführers zu wahren, hat das Verfassungsgericht –wie bereits ausgeführt– ebenso gehandelt wie der Oberste Gerichtshof in dem hier zu behandelnden Fall: Es hat die nach Artikel 44 LOTC geltend gemachte Grundrechtsverletzung lediglich deklaratorisch festgestellt (Artikel 55 Absatz 1 Buchstabe b LOTC) und sich zugleich mit der materiellen Grundrechtsverletzung des Verwaltungsakts nach Artikel 43 LOTC in der Sache befasst, indem es dem Rechtsmittelführer Verfassungsrechtsschutz

Kammer weder die konkrete Rechtsordnung, die im Zuge des Verhaltens des rechtsmittelführenden Anwalts missachtet oder verletzt worden wären, noch ordnet er diese Normverletzung eines der Rechtsfälle zu, der gegebenenfalls zu einer Nichtigkeit des Verfahrens geführt hätte, wie sie letztendlich beschlossen wurde.

mit den entsprechenden materiellen Wirkungen gewährt hat (Artikel 55.1.a LOTC).

Als exemplarisches Beispiel sei die Entscheidung des Verfassungsgerichts STC 151/2021 vom 13. September genannt, in der es hinsichtlich des Prüfungsmaßstabs der Anträge des Rechtsmittelführer in einem verwaltungsrechtlichen Ausweisungsverfahren heißt: “Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass die beiden erstinstanzlichen Urteile zu kontradiktorischen Ergebnissen gelangt sind, indem das eine die angefochtenen Verwaltungsentscheidungen aufgehoben hat (Verwaltungsgericht), während das andere ihre Rechtmäßigkeit bestätigt hat (zuständige Kammer des Obersten Gerichtshofs der Autonomen Gemeinschaft), sodass die Prüfung der Beschwerde des Rechtsmittelführer letztlich zur Bestätigung einer dieser beiden gerichtlichen Entscheidungen führen wird, was stets eine unmittelbare Auswirkung auf die Verwaltungsentscheidungen hat, deren Kontrolle beide vorgenommen haben.”

Auf diese Weise –und nur auf diese Weise– ließe sich die Rechtmäßigkeit, der von der Zweiten Strafkammer gewählten Lösung nach Feststellung des Defizits in der Ausübung der Verteidigung aufrechterhalten: nämlich auf die Entstehung dieser Grundrechtsverletzung administrativer Natur zurückzugreifen und sie dort zu beheben. Andernfalls könnte sich nämlich die paradoxe Situation ergeben, dass derselbe Verteidiger, der zur Verletzung des Grundrechts beigetragen hat, nunmehr dazu berufen wäre, dessen Gewährleistung sicherzustellen.

Zu gemischten Verfassungsbeschwerden vgl. näher TORRENT I SANTAMARIA, J. M., “Entre lo trascendente y lo aparente: el papel del incidente de nulidad de actuaciones en los recursos de amparo de naturaleza mixta”, in: *El proceso, la prueba y el tiempo de cambio*, Dykinson, Madrid 2024, S. 119–120.

Stattdessen beschränkt sich das Revisionsgericht im Wesentlichen darauf, den einschlägigen rechtlichen Rahmen in unserer Rechtsordnung darzustellen, der “die Existenz einer wirksamen Verteidigung des Angeklagten gewährleisten soll” – wobei dieser Rahmen meines Erachtens ausschließlich die Pflichtverteidigung betrifft. So verweist das Gericht hauptsächlich auf das Gesetz 1/1996 vom 10. Januar über die Prozesskostenhilfe, dessen Artikel 25 unter der Überschrift “Ausbildung und Spezialisierung” bestimmt, dass das Justizministerium die “grundlegenden Mindestanforderungen an Ausbildung und Spezialisierung festlegt, die für die Erbringung der verpflichtenden Leistungen der **Prozesskostenhilfe** erforderlich sind, um ein Niveau an Qualität und beruflicher Kompetenz sicherzustellen, welches das verfassungsmäßige Recht auf Verteidigung gewährleistet”.¹⁶³ Ebenso verweist es auf das Königliche Dekret 658/2001 vom 22. Juni, mit dem die Allgemeine Berufsordnung der spanischen Anwaltschaft verabschiedet wurde und das später durch das Königliche Dekret 135/2021 vom 2. März ersetzt wurde. Dieses weist den Anwaltskammern unter anderem die Aufgabe zu, “die Dienste der Prozesskostenhilfe sowie alle weiteren statutengemäß eingerichteten Dienste der juristischen Assistenz und Orientierung zu organisieren und zu verwalten”.¹⁶⁴

Schließlich erwähnt die Zweite Kammer, im Allgemeinen, als “drittes Garantieinstrument”, dass “auch wenn die Aufgabe, das Recht auf Verteidigung im

163 Ohne Hervorhebung im Original.

164 Artikel 4.1 d) des bereits aufgehobenen Königlichen Dekrets 658/2001 vom 22. Juni (zitiert durch das ATS vom 17. Juli 2017) und Artikel 68 d) des Königlichen Dekrets 135/2021 vom 2. März.

Strafverfahren zu gewährleisten (Art. 24 CE) letztendlich dem Verfassungsgericht obliegt, die Verpflichtung zu seiner allgemeinen Wahrung durch die Gerichte (Art. 41.1 LOTC) nicht ausgeschlossen ist, da diese in der Lage sind, zu prüfen, ob die Verteidigung an sich angemessen oder geeignet war (ATC 111/1982 vom 10. März)“.

Zunächst einmal besteht ein Widerspruch zwischen dem kommentierten ATS und dem ATC, dass er zur Untermauerung seiner These anführt. Tatsächlich enthält das ATC 111/1982 eine Argumentation, die offen im Widerspruch zur Prämisse der Überwachung des Rechts auf Verteidigung (in seiner Dimension als Recht auf wirksamen anwaltlichen Beistand) durch die Gerichtsorgane steht:

“[...] der Umfang und die Ausübung des Verteidigungsrechts können nur in einer Bestimmung, einem Rechtsakt oder einer einfachen Tatsache einer öffentlichen Gewalt zugerechnet werden –wie es Artikel 41 LOTC verlangt–, um wegen einer etwaigen Verletzung eines Grundrechts als Verfassungsbeschwerde überprüfbar zu sein. Dies ist hier jedoch nicht der Fall, und das Unterbleiben einer Ablehnung (*Recusación*) würde lediglich die Nichterfüllung eines privaten Dienstleistungsverhältnisses zwischen Anwalt und Mandant darstellen, mit möglicher zivilrechtlicher oder sonstiger Haftung. Hinzuzufügen ist, dass das in Artikel 24 der Verfassung garantierte Verteidigungsrecht dieses Gericht zwar verpflichtet, über dessen Vorhandensein im Strafverfahren zu wachen, nicht jedoch dessen Angemessenheit oder intrinsische Eignung zu gewährleisten oder zu überprüfen, um festzustellen, ob die Verteidigung wirksam und sachgerecht ausgeübt wurde oder ob dies nicht der Fall war, da es sich hierbei um

Fragen handelt, die den Inhalt des verfassungsrechtlich gewährleisteten Verteidigungsrechts überschreiten.“

Zweifellos war die Absicht des Obersten Gerichtshofs in Bezug auf die Gewährleistung des Kerns des Rechts auf Verteidigung lobenswert, aber eine Abweichung von der Verfassungsdoktrin, so gut sie auch gemeint sein mag, hätte eine minimale Erklärung erfordern.

Unzweifelhaft zutreffend ist die Zweite Kammer dort, wo sie zu dem Ergebnis gelangt, dass diese normativen Instrumente “es erlauben, in unserer Rechtsordnung dem Inhalt von Artikel 3.1 der Richtlinie 2013/48/EU des Europäischen Parlaments und Rates vom 22. Oktober 2013 über das Recht auf anwaltlichen Beistand in Strafverfahren nachzukommen, der ausdrücklich bestimmt, dass ‘die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass Verdächtige und beschuldigte Personen das Recht haben von einem Rechtsanwalt unterstützt zu werden, zu einem Zeitpunkt und in einer Weise, die es ihnen ermöglicht, ihre Verteidigungsrechte in der Praxis und *wirksam* auszuüben’” (Hervorhebung im Original).

Gleichwohl ist diese gerichtliche Entscheidung nahezu vereinzelt, und ist zweifellos auf das ebenso flagrante wie kaum beschreibbare Vorgehen des rechtsmittelführenden Anwalts zurückzuführen, welches in FJ-Nummer 6 des ATS geschildert wird:

“Unbeschadet syntaktischer Inkongruenzen, die die Logik und das Verständnis einige Extremen des Rechtsmittels erschweren, werden in dessen Begründung Rechtsverletzungen unterschiedlicher Natur und Tragweite miteinander vermengt, ohne dass die konkret als verletzt angesehene Norm benannt würde. Die zu ihrer Entfaltung vorgebrachten Argumente stellen eine Collage rechtlicher Erwägungen dar,

die von dieser Kammer festgehalten wurden, jedoch ohne argumentative Verknüpfung und bisweilen ohne jede Entsprechung zu den Einwänden, die ihnen zugrunde liegen. Ebenso wenig wird dargelegt, welche Wirksamkeit die ausgeführten rechtlichen Erwägungen im Hinblick auf das angefochtene Urteil haben könnten. Das Rechtsmittel vertritt nicht nur stellenweise widersprüchliche Auffassungen, sondern beschränkt sich zudem – ohne tatsächliche oder rechtliche Analyse – darauf, die Überprüfung einer strafrechtlichen Vorschrift zu verlangen (...) die das Urteil nicht anwendet, ohne jegliche Bezugnahme auf jene strafrechtliche Vorschrift, die die offenbar angegriffene Entscheidung trägt (...). Und selbst wenn der Anfechtungswille es diesem Gericht ermöglichen könnte, sich mit dem Begehren zu befassen, das sich unschwer abzeichnet und im Antrag wörtlich niedergelegt ist (nämlich die Aufhebung der Verurteilung zu einer sechsjährigen besonderen Amtsenthebung von der Ausübung der elterlichen Sorge), würde das Rechtsmittel weiterhin einen Bereich unberührt lassen, der für denjenigen, der – obwohl er die Tat im Hauptverfahren eingeräumt hat – einen Rechtsanwalt begehrt, der in seinem Namen gegen den Schuldspruch vorgeht. Die Frage erscheint, ob es sachgerecht ist, dass das Urteil aus ein und derselben fortgesetzten Tatbegehung eine doppelte strafrechtliche Verantwortlichkeit ableitet.

Aufgrund dieser Umstände lässt sich feststellen, dass der Wunsch des Verurteilten, seine Verurteilung gerichtlich überprüfen zu lassen, lediglich in einer formalen oder scheinbaren Einlegung eines Rechtsmittels zum Ausdruck gekommen ist. Das heißt, dass die spezifische berufliche Tätigkeit, da sie die Analyse der tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten, die im Urteil zum Ausdruck kommen sind außer Acht lässt, eine

Überprüfung des Urteils nicht ermöglicht, und zwar in dem Sinne, wie es der vom Angeklagten zum Ausdruck gebrachte Kontradiktion beinhaltet.“

Es ist nicht notwendig, den Standard in Bezug auf Inkompetenz so deutlich zu überschreiten, damit ein Gericht die Unwirksamkeit des anwaltlichen Beistands überprüft und Maßnahmen zum Schutz und zur Durchsetzung des Grundrechts ergreift.

In jüngerer Zeit hat das Urteil STS 649/2023 vom 5. September nach Bekräftigung der in dem bereits erwähnten Urteil STS 383/2021 enthaltenen Rechtsauffassung gezeigt, dass:

“Tatsächlich erfordern die Anforderungen, die sich aus dem Recht auf anwaltlichen Beistand ergeben, die Festlegung von Bedingungen, die dessen Wirksamkeit gewährleisten und sowohl für die Behörden als auch für die mit der Rechtshilfe betrauten Fachleute verbindlich sind. Wie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte betont, “muss der Staat Sorgfalt zeigen, um [Personen, die anwaltlichen Beistand benötigen] die tatsächliche und wirksame Ausübung der durch Artikel 6 EMRK garantierten Rechte zu gewährleisten. Es muss ein geeigneter institutioneller Rahmen vorhanden sein, um die wirksame rechtliche Vertretung der berechtigten Personen und einen ausreichenden Schutz ihrer Interessen zu gewährleisten” – siehe EGMR, Rechtssache *Staroszczyk* gegen Polen vom 22. März 2007; Rechtssache *Bakowska* gegen Polen vom 12. Januar 2010”.

Das Verfassungsgericht hat seinerseits wiederholt darauf hingewiesen, dass der Inhalt der Verteidigungslosigkeit, um verfassungsrechtliche Relevanz zu erlangen, auf Handlungen oder Unterlassungen zurückzuführen sein muss. Das heißt,

sie muss durch das fehlerhafte Handeln des Gerichts verursacht worden sein, wobei die Verteidigungslosigkeit aufgrund von Passivität, Desinteresse, Fahrlässigkeit, fachlichen Fehlern oder Unerfahrenheit der Partei oder der sie vertretenden oder verteidigenden Fachleute vom Schutzbereich des Artikels 24 CE ausgeschlossen ist (unter vielen anderen, SSTC 101/1989 vom 4. Juni; 237/2001 vom 18. Dezember; 109/2002 vom 6. Mai; 87/2003 vom 19. Mai; 5/2004 vom 16. Januar; 160/2009 vom 29. Juni; oder 179/2014 vom 3. November).

Genau auf diese Rechtsauffassung stützte sich das erstinstanzliche Gericht, um die vom Rechtsmittelführer beantragte Aussetzung des Verfahrens abzulehnen, da es der Ansicht war, dass die aus der fehlenden Kommunikation mit seinem Pflichtverteidiger resultierende Verteidigungslosigkeit nur der Partei anzulasten sei, die sich darauf berief.

Das Verfassungsgericht hat jedoch unter anderem in seinem Urteil STC 179/2014 vom 3. November erklärt:

“Die Pflicht der Justizorgane, darauf zu achten, eine Verteidigungslosigkeit des Rechtssuchenden zu vermeiden, kommt im Strafverfahren in besonderer Weise zum Tragen, insbesondere in den Fällen, in denen Verteidigung und Vertretung durch eine Pflichtverteidigerbeordnung erfolgen. Zur Wahrung des Verteidigungsrechts genügt dabei nicht die bloße Beordnung der entsprechenden Berufsangehörigen; vielmehr erfordert die wirksame Ausübung dieses Rechts –wie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in seinen Urteilen vom 9. Oktober 1979 (Fall Airey), vom 13. Mai 1990 (Fall Artico) und vom 25. April 1983 (Fall Pakelli) hervorgehoben hat– die Gewährung eines realen und funktionsfähigen anwaltlichen Beistands. Es muss dem Antragsteller eine echte “Unterstützung” und nicht

lediglich die formale “Beiordnung” eines Rechtsanwalts gewährleistet werden; diese Garantie umfasst auch das Recht auf Zugang zu Rechtsmitteln (vgl. u. a. EGMR, Urteile vom 17. Juli 2007, Fall Bobek, und vom 5. Juli 2012, Fall Szubert).

In diesem Sinne hat dieses Gericht in zahlreichen Entscheidungen die positive Pflicht betont, für die Wirksamkeit der Verteidigung des Angeklagten oder Verurteilten im Strafverfahren durch Pflichtverteidiger Sorge zu tragen (stellvertretend: STC 47/2003 vom 3. März, Rn. 2).

Das Anerkennen dieses Rechts ist jedoch nicht frei von Schutzvorkehrungen, um zu verhindern, dass sich der Angeklagte unter Berufung hierauf den Ablauf des Verfahrens nach Belieben manipuliert. Erforderlich ist eine Abwägung der gegebenenfalls widerstreitenden Interessen. Das Verteidigungsrecht kann –wie jedes andere Recht– nicht als grenzenlos angesehen werden; es wird unter anderem durch die gesetzliche Verpflichtung des Gerichts begrenzt, Anträge zurückzuweisen, die einen Rechtsmissbrauch oder einen prozessualen Gesetzesmissbrauch im Sinne von Artikel 11.2 LOPJ darstellen.

4. Die Behauptung, auf welcher der geltend gemachte Rechtsmittelgrund beruht, bedarf einer gewissen Prüfung, um eine Mindestgrundlage zu gewinnen, die dem notwendigen Abwägungsurteil ermöglicht festzustellen, ob der Rechtsmittelführer in diesem Fall verteidigt war.

Verteidigt –nicht auf effizienter Weise, was andere Analysemaßstäbe erfordern würde, die mit der Anerkennung eines erheblichen Freiheits- und Schutzraums für die Verteidigungsfunktion verbunden

sind –, sondern ob er zumindest wirksam verteidigt war. Nach Analyse des Ablaufs der Hauptverhandlung ist festzustellen, dass dies hier nicht der Fall war.

Dies ist nicht der Zeitpunkt, darüber zu befinden, ob der Pflichtverteidiger oder die ebenfalls von Amts wegen beigeordnete Prozessvertreterin mit der gebotenen berufsrechtlichen Sorgfalt gehandelt haben, noch darüber, welchem dieser Berufsangehörigen die Last oblag, den Kontakt zu ihrem Verteidigten bzw. Vertretenen herzustellen. Fest steht jedoch, dass keinerlei Anhaltspunkte vorliegen, die die Annahme rechtfertigen würden, Herr Juan Luis habe sich nachlässig verhalten. Vielmehr hat er selbst vorgetragen –und seine Darstellung erscheint angesichts der von ihm beigebrachten Umstände hochgradig plausibel–, dass er seit dem Zeitpunkt, zu dem er nach Abschluss der am 1. April 2019 abgehaltenen Verhandlung zur Beiordnung eines Rechtsanwalts aufgefordert worden war, zweimal bei den Diensträumen des Gerichtshofs vorstellig wurde, um Informationen einzuholen, und ihm jeweils mitgeteilt wurde, die beigeordneten Berufsangehörigen würden sich mit ihm in Verbindung setzen. In dieser Logik steht auch der Verwaltungsbeschluss (*diligencia de ordenación*) vom 6. Mai 2019. Gleiches gilt für seine Erklärung, dass er nicht einmal über die beschlossene Vertagung des ursprünglich auf den 20. September anberaumten Termins informiert worden sei und er sich deshalb persönlich beim Gericht eingefunden habe.

Andererseits bestätigt das Auftreten des Rechtsanwalts in der Hauptverhandlung diesen fehlenden Kontakt und zeigt zugleich, dass tatsächlich keine Verteidigung stattgefunden hat: Es wurde auf jede kontradiktorische Befragung, auf jede Beweiswürdigung und sogar auf jede rechtliche Argumentation verzichtet. Der

Rechtsanwalt erklärte selbst, er habe von den Akten keine Kenntnis genommen, und sein Verhalten während der gesamten Verhandlung bestätigte dies. Selbst die Videoaufzeichnung der Verhandlung hat es ermöglicht, gewisse Einzelheiten wahrzunehmen, die zwar keine rechtliche Relevanz besitzen, jedoch bezeichnend für das Fehlen jeglichen Kontakts zwischen dem Rechtsmittelführer und demjenigen sind, der in der Hauptverhandlung als Pflichtverteidiger auftrat.

In der fortgeschrittenen Verhandlung unterbricht Juan Luis den Fortgang der Sitzung und bittet um Erlaubnis, den Saal kurzzeitig verlassen zu dürfen, da er an einer gesundheitlichen Beeinträchtigung leide, die ihn dringend zum Gang zur Toilette veranlasse; zugleich bietet er die entsprechende ärztliche Bescheinigung an. Er selbst bringt diese Unterlagen bei und nicht sein Rechtsanwalt, der logischerweise als Mittler seines Antrags hätte fungieren müssen.

5. Zwar ist es zutreffend, dass die hier eingetretene Wehrlosigkeit nicht auf ein dem Gericht zurechenbares Tun oder Unterlassen zurückzuführen ist; ebenso wenig ist sie jedoch dem Angeklagten anzulasten. Als das Gericht ihn in der Hauptverhandlung darauf hinwies, die mögliche Verteidigungslosigkeit sei ihm selbst zuzurechnen, weil er bis zum Zeitpunkt der Verhandlung gewartet habe, um geltend zu machen, dass der beigeordnete Rechtsanwalt keinen Kontakt mit ihm aufgenommen habe, fragte er rhetorisch, was er denn anderes hätte tun können, nachdem man ihm gesagt habe, er werde benachrichtigt. Er hätte zwar, nachdem er keinerlei Mitteilung von seinem Rechtsanwalt oder der Prozessvertreterin erhalten hatte, hartnäckiger sein und vom Gericht die Daten verlangen können, die es ihm ermöglicht hätten, selbst den Kontakt herzustellen,

aber ein solches Maß an Sorgfalt überschreitet jedoch jenes, das von einem durchschnittlichen Bürger erwartet werden kann, der sich der Justizmaschinerie gegenüber sieht. Einer Maschinerie, die darauf vertraut, dass die beigeordneten Berufsangehörigen die erforderlichen Kontaktmechanismen schaffen, um den ihnen übertragenen Auftrag erfüllen zu können, und der zugleich die positive Pflicht obliegt, über die Wirksamkeit der Verteidigung zu wachen, insbesondere in den Fällen, in denen der anwaltliche Beistand von Amts wegen gewährt wird.

Aus diesen Gründen ist der Rechtsmittelgrund begründet, da der Rechtsmittelführer nicht über eine wirksame Verteidigung verfügte. Dies muss zwangsläufig wegen der Verletzung von Artikel 24.2 der spanischen Verfassung zur –gemäß Artikel 240 LOPJ zulässigen– Feststellung der Nichtigkeit der angefochtenen Entscheidung in ihren verurteilenden Teilen führen, sowie zur Zurückverweisung des Verfahrens auf den Zeitpunkt vor der erstinstanzlichen Hauptverhandlung, damit diese vor einem Gericht durchgeführt wird, welches nicht das nun aufgehobene Urteil erlassen hat. Diese Entscheidung betrifft sowohl den Rechtsmittelführer als auch die übrigen Verurteilten, angesichts des Zusammenhangs des angefochtenen Urteils im Verhalten aller Beteiligten, der eine isolierte Betrachtung der jeweiligen Handlungen ausschließt.

Zwar kann diese Entscheidung mit dem Recht auf ein Verfahren ohne unangemessene Verzögerungen kollidieren; der wesentliche Charakter des Verteidigungsrechts gebietet jedoch, dass in diesem Fall dessen Schutz Vorrang genießt [*sic.*]”.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass, wenn das Gericht eine offensichtlich unwirksame Rechtsvertretung

feststellt, die nicht den Mindeststandard an Wirksamkeit erfüllt, die prozessuale Konsequenz nur die Nichtigkeit der Handlungen mit Rückwirkung auf den Zeitpunkt unmittelbar vor dem Eingreifen des Rechtsanwalts sein kann, um die verletzte Rechtsordnung wiederherzustellen und die Verteidigungslosigkeit zu beheben, die im Rahmen eines Verfahrens mit allen Garantien, in dem Gleichheit und kontradiktorische Verteidigung unbestreitbare Hauptmerkmale sein müssen, niemals hätte auftreten dürfen.

Die andere vereinzelte gerichtliche Entscheidung, die –neben dem ATS vom 7. Juli 2017– eine Situation vollständiger Wehrlosigkeit infolge der Unwirksamkeit der anwaltlichen Beistandsleistung feststellt und sich für die Nichtigkeit der Verfahrenshandlungen entscheidet, ist die STS 1117/2009 vom 11. November. Es betrifft einen Fall, in dem der Angeklagte keinen Kontakt zu seinem Rechtsanwalt herstellen konnte, der zudem keinerlei entlastende Beweismittel zugunsten des Angeklagten beantragte, dennoch interessierte es das Gericht nicht, einen neuen Rechtsanwalt beizuordnen. Das oberste Gericht stimmt mit der *Audiencia Provincial* darin überein, dass sich der Beschuldigte bereits im Ermittlungsverfahren in einem Zustand der Schutzlosigkeit befand: “Während der Ermittlungen ist nicht ersichtlich, dass seitens der anwaltlichen Vertretung des Angeklagten die Durchführung irgendeiner Ermittlungsmaßnahme beantragt worden wäre; vielmehr kann gesagt werden, dass sämtliche durchgeführten Maßnahmen belastender Natur waren, wobei die anwaltliche Vertretung auch in der Schrift der vorläufigen Schlussanträge –welche später zu endgültigen erhoben wurden– nicht die Durchführung von Beweiserhebungen für die Hauptverhandlung beantragt hat [...]”.

Die Angelegenheit enthält peinliche Details nicht nur für den Anwalt und die beteiligten Gerichtsorgane,¹⁶⁵ sondern auch für die Anwaltskammer. Es lohnt sich diese im Folgenden wiederzugeben:

“Der Gerichtshof führt weiter aus, dass “diese Situation der Verteidigungslosigkeit...” bereits von der prozessualen Vertretung des Angeklagten aufgezeigt worden sei, als sie nach Zustellung des Beschlusses über die Eröffnung des Hauptverfahrens gezwungen war, dem Gericht mitzuteilen, dass es unmöglich gewesen sei, Kontakt mit dem Rechtsanwalt aufzunehmen. Dies führte dazu, dass eine Frist von drei Tagen eingeräumt wurde, um einen neuen Rechtsanwalt zu beordnen oder die Beordnung eines Pflichtverteidigers zu beantragen – eine Option, “von der sie Gebrauch machte”. Gleichwohl ersuchte die Rechtsanwaltskammer nach Auffassung dieses Senats überraschenderweise, “unter Berufung auf administrative Gründe, das Gericht, davon abzusehen, einen Pflichtverteidiger, in Angelegenheiten, in denen bereits ein Rechtsanwalt beigeordnet war, zu bestellen”, was zur Folge hatte, dass es nicht zur Ablösung des bis dahin mit der Verteidigung betrauten Rechtsanwalts kam. Das Gerichtshof selbst räumt ein, erhebliche Schwierigkeiten gehabt zu haben, den Rechtsanwalt des Rechtsmittelführers zu kontaktieren, da dieser “weder telefonisch erreichbar war noch per Fax kontaktiert

165 Das Oberste Gericht übersieht nicht, dass „sowohl der Untersuchungsrichter während dieser Phase als auch das Gericht ab dem Zeitpunkt, an dem es die Akten erhielt, und danach sich der negativen Merkmale der Art und Weise bewusst waren, in der die Verteidigung des Angeklagten in dem gegen ihn geführten Verfahren ausgeübt wurde, ohne dass er schließlich durch einen anderen Anwalt ersetzt wurde, der seine gesetzlichen Pflichten in minimal angemessener Weise erfüllt hätte”.

werden konnte”, um ihn zur Hauptverhandlung zu laden. In dem Urteil wird sogar festgehalten, dass der Angeklagte persönlich am 3. November 2008 beim Gerichtshof erschienen sei, um darauf hinzuweisen, dass er keinen Kontakt mit dem Rechtsanwalt habe herstellen können, um die Verteidigung vorzubereiten; das Gericht unternahm daraufhin erneut Kontaktversuche, jedoch ohne Erfolg, bis der Rechtsanwalt schließlich am 11. November lokalisiert werden konnte. Ebenfalls ist dokumentiert, dass die Prozessbevollmächtigte am 7. November die Zustellung des Beschlusses über die Terminierung und Zulassung der Beweise wegen der Unmöglichkeit, den Rechtsanwalt zu erreichen, zurückgesandt hatte.

Ein weiterer Gesichtspunkt, der das Verständnis der von der Zweiten Kammer gewählten Lösung ermöglicht –wenngleich das bislang geschilderte Verhalten des Rechtsanwalts (des “Verteidigers”?) hierfür bereits mehr als ausreichend gewesen wäre–, betrifft den vergeblichen Versuch eben dieses Rechtsanwalts, eine Aussetzung der Hauptverhandlung „zur Ansammlung sämtlicher gegen den Angeklagten geführter Verfahren” zu erwirken. Dieser Antrag wurde vom Gericht zurückgewiesen, da er “am Vorabend des anberaumten Termins gestellt und zu Beginn der Hauptverhandlung wiederholt worden war, ohne irgendwelche Angaben zum Stand jener anderen Verfahren zu enthalten, auf die Bezug genommen wurde”. Trotz allem führte das Gericht die Hauptverhandlung durch, wobei der Rechtsmittelführer von dem vielfach erwähnten Rechtsanwalt “unterstützt” wurde.

Die bisherigen Ausführungen relativieren die klassische Forderung der Verfassungsdoktrin, die von der Zweiten Kammer des Obersten Gerichtshofs

übernommen wurde und darin besteht, die Nichtigkeit von Verfahren davon abhängig zu machen, dass die Verteidigungslosigkeit dem Gericht zuzuschreiben ist.¹⁶⁶ Man könnte argumentieren, dass die Unwirksamkeit eines Rechtsanwalts in Wirklichkeit nur diesem selbst zuzuschreiben ist, aber in den vorangegangenen Absätzen wurde die Überwachungspflicht der Richter und Gerichte dargelegt und begründet.¹⁶⁷

166 Es ist erneut das Urteil STS 370/2021 vom 4. Mai, welches eine Zusammenfassung der referenzierenden Verfassungsdoktrin bietet:

“B) Darüber hinaus, und an zweiter Stelle, muss die Aberkennung oder Einschränkung des Rechts auf Verteidigung direkt dem Gericht zuzuschreiben sein. Weder das Gesetz noch die Rechtsprechung des Verfassungsgerichts schützen vorsätzliche Unterlassung, Passivität oder, falls vorhanden, Fahrlässigkeit, Unfähigkeit oder Fehler. Das Fehlen einer Gegenargumentation und Verteidigung einer der Parteien im Verfahren, das sich aus ihrem fahrlässigen Handeln ergibt, kann nicht durch Art. 24.1 CE geschützt werden; dies ist der Fall, wenn die Partei, die ihre Rechte und berechtigten Interessen mit den ihr durch die Rechtsordnung zur Verfügung stehenden Mitteln hätte verteidigen können, diese nicht mit ausreichender fachlicher Kompetenz genutzt hat, oder wenn die Partei, die sich auf die Verteidigungslosigkeit beruft, an deren Entstehung mitwirkt, denn die Verteidigungslosigkeit, die sich aus der Untätigkeit oder mangelnden Sorgfalt des Geschädigten ergibt oder durch das vorsätzliche unkluge, irrtümliche [*sic*] oder fehlerhafte Handeln dieser Partei verursacht wird, ist für die verfassungsrechtlichen Zwecke völlig irrelevant, denn das Recht auf wirksamen Rechtsschutz verpflichtet die Justizorgane nicht, die Mängel zu beheben, die möglicherweise in der Verteidigungsstrategie der Partei aufgetreten sind (STC 167/88, 101/89, 50/91, 64/92, 91/94, 280/94, 11/95)”.

167 An dieser Stelle sei an die Worte des Urteils STS 649/2023 vom 5. September erinnert:

“5. Es trifft zu, dass die Verteidigungslosigkeit in diesem Fall weder auf eine Handlung oder Unterlassung des Gerichts

Die prozessuale Behandlung der Nichtigkeit von Verfahren, für die ich mich in den vorangegangenen Absätzen als Mittel zur Wiederherstellung der durch eine unwirksame Rechtsberatung verletzten Rechtsordnung ausgesprochen habe, ist in den Artikeln 240 und 241 LOPJ geregelt.

Die erste Vorschrift –die in der Praxis häufig missachtet wird– besagt, dass die Nichtigkeit von Verfahren “durch die gesetzlich festgelegten Rechtsmittel gegen die betreffende Entscheidung oder durch andere in den Verfahrensgesetzen festgelegten Mittel geltend gemacht werden muss” (Artikel 240.1 LOPJ). Nun kann “das Gericht von Amts wegen oder auf Antrag einer Partei vor Erlass einer Entscheidung, die das Verfahren beendet, und sofern keine Berichtigung möglich ist, nach Anhörung der Parteien die Nichtigkeit aller oder einzelner Verfahrenshandlungen feststellen” (Artikel 240.2 LOPJ).

Grundsätzlich ist die Nichtigkeit der Verfahrenshandlungen daher bei Gelegenheit und im Wege des jeweils statthaften Rechtsmittels gegen die entsprechende gerichtliche Entscheidung geltend zu machen. Man denke etwa an Fälle, in denen ein Wechsel der anwaltlichen Vertretung stattfindet und der neu beigeordnete Rechtsanwalt feststellt, dass der vorherige Verteidiger nicht einmal Mindeststandards anwaltlicher Wirksamkeit eingehalten hat. In einem solchen Fall ist es zu erwarten, dass einer –mitunter der einzige– der Rechtsmittelgründe gegen die Entscheidung, sei es ein erstinstanzliches Endurteil, aber auch jede andere gerichtliche Entscheidung, die den Rechtssuchenden

noch auf eine Handlung oder Unterlassung des Angeklagten zurückzuführen ist.”.

betrifft (beispielsweise ein Haftbefehl oder ein Beschluss über die Umwandlung von Vorermittlungen in ein abgekürztes Verfahren), auf die Verletzung des in Art. 24 Abs. 2 der Verfassung verankerten Grundrechts auf anwaltlichen Beistand gestützt wird. Dabei ist die erlittene Rechtsbeeinträchtigung infolge der (In-)Aktivität des Verteidigers darzulegen und ausdrücklich die Nichtigkeitserklärung der Entscheidung¹⁶⁸ unter Rückversetzung des Verfahrens zum Zeitpunkt unmittelbar vor der Verletzung dieses Rechts zu beantragen. Dies wird regelmäßig die Wiederholung der Hauptverhandlung nach sich ziehen, wenn ein Urteil angefochten wird, und die Rückversetzung auf den unmittelbar vor der unwirksamen anwaltlichen Tätigkeit liegenden Zeitpunkt, wenn Zwischenentscheidungen angegriffen werden. Bei Sicherungsmaßnahmen müsste dies die Wiederholung der Anhörung zur Folge haben, in der Anklage und Verteidigung ihre jeweiligen Standpunkte darlegen (im Fall der Untersuchungshaft die Anhörung nach Art. 505 LECrim; im Fall der Schutzanordnung die Kurzanhörung nach Art. 544 ter Abs. 4 LECrim). Und liegt eine defiziente Ermittlungsführung aus der Perspektive des Rechts auf anwaltlichen Beistand vor, so hätte dies zur Nichtigkeit des Beschlusses über die Fortführung der Ermittlungen im abgekürzten Verfahren oder zur Aufhebung des Beschlusses über das Ende der Untersuchung im

168 Es sei darauf hingewiesen, dass der zweite Absatz von Artikel 240.2 LOPJ den Richter oder das Gericht daran hindert, „im Rahmen eines Rechtsmittels von Amts wegen, die Nichtigkeit von Verfahren zu erklären, die in diesem Rechtsmittel nicht beantragt wurde, es sei denn, er stellt einen Mangel an Zuständigkeit oder sachlicher oder funktionaler Kompetenz fest oder es ist zu Gewalt oder Einschüchterung gekommen, die dieses Gericht beeinträchtigt haben“.

ordentlichen Verfahren zu führen, ebenso wie zur Nichtigkeit jener Prozesshandlungen, bei denen sich die Unwirksamkeit des anwaltlichen Beistands zeigt. Ziel ist es, dem Beschuldigten auch im Ermittlungsverfahren eine wirksame Verteidigung zu ermöglichen, sodass dank der Verteidigungsarbeit die Hypothese einer prozessualen Krise in den Entscheidungshorizont des Gerichts aufgenommen wird.

Im von der STS 1117/2009 vom 11. November behandelten Fall entschied sich das oberste Gericht jedoch für eine zurückhaltendere Lösung, die meines Erachtens bereits deshalb an einer tragfähigen Begründung mangelt, weil der Oberste Gerichtshof selbst –in Übereinstimmung mit dem erstinstanzlichen Gericht– anerkennt, dass das Verhalten des Verteidigers im Ermittlungsverfahren, wie dargestellt, unwirksam war (“aus den vorstehend dargelegten Umständen ergibt sich eindeutig das offensichtliche Fehlen einer wirksamen Verteidigung aufgrund der Passivität des verantwortlichen Rechtsanwalts während der Ermittlungsphase”). Die Zweite Kammer lässt dabei folgende Frage unbeantwortet: Warum soll ein Ermittlungsverfahren “anerkannt” werden, in dem der Beschuldigte schutzlos war?: “Folglich ist das Verfahren aufzuheben. Obwohl der Rechtsmittelführer beantragt, dies ab dem Zeitpunkt zu tun, zu dem ihm die Akten zum vorläufigen Qualifikationsverfahren vorgelegt wurden, hält es der Senat für sachgerecht, das Verfahren bis zu dem Zeitpunkt vor der Zustellung des Beschlusses aufzuheben, mit dem die Fortführung der Ermittlungen nach den Vorschriften des abgekürzten Verfahrens angeordnet wurde, um ihm die Einlegung des entsprechenden Rechtsmittels zu ermöglichen, sofern er dies für angezeigt hält, insbesondere zur Beantragung von Ermittlungsmaßnahmen. Die Hauptverhandlung

ist gegebenenfalls von einem Gericht durchzuführen, das aus anderen Richtern besteht als jenen, die das nunmehr aufgehobene Urteil erlassen haben". Es fällt rasch auf, dass das Revisionsgericht damit über das vom Rechtsmittelführer Beantragte hinausgegangen ist.

Es ist darauf hinzuweisen, dass diese Lösung – abgesehen davon, dass sie den Umfang der Nichtigkeit der Verfahrenshandlungen und damit auch die Wiederherstellung des Grundrechts ungerechtfertigt begrenzt – ein erhebliches Problem aufwirft, das sich aus dem Bestehen von Verfahrensfristen ergibt, die trotz mehrerer gesetzlichen Änderungen seit nunmehr fast einem Jahrzehnt Bestand haben¹⁶⁹. Wenn Art. 324 LECrim nämlich Höchstfristen für das Ermittlungsverfahren festlegt und die natürliche Folge der Nichtigkeit von Prozesshandlungen, die in einem Szenario klarer Verteidigungslosigkeit infolge unwirksamer anwaltlicher Vertretung vorgenommen wurden, deren Wiederholung unter Bedingungen eines ausgewogenen Verteidigungsrechts wäre, kann sich die Situation ergeben, dass eine solche Lösung aufgrund des (keineswegs seltenen) Ablaufs der Verfahrensfristen nicht mehr möglich ist, sofern sich die gerichtliche Entscheidung zur Wiederherstellung des verletzten Rechts darauf beschränkt, die Nichtigkeit des Beschlusses über die Umwandlung des Verfahrens oder über das Ende der Untersuchung festzustellen. Ohne weiter zurückzugehen: Seit 2015 wäre die vom Obersten

169 Das Gesetz 41/2015 vom 5. Oktober zur Änderung der Strafprozessordnung zur Beschleunigung der Strafjustiz und zur Stärkung der Verfahrensgarantien führte ein System von Verfahrensfristen für die Ermittlungsphase ein, das später durch das Gesetz 2/2020 vom 27. Juli geändert wurde, durch das der Artikel 324 der Strafprozessordnung geändert wurde.

Gerichtshof in der bereits genannten STS 1117/2009 gewählte Lösung, die darin bestand, die Nichtigkeit des Verfahrens bis zur Zustellung des Beschlusses über die Umwandlung der Ermittlungen in das abgekürzte Verfahren zu erklären, “mit dem Ziel, ihm die Einlegung des entsprechenden Rechtsmittels zu ermöglichen, sofern er dies zur Beantragung von Ermittlungsmaßnahmen für angezeigt hält”, zu diesem Zweck wirkungslos. Denn der mögliche Ablauf der Ermittlungsfrist würde zur Verspätung der Beantragung weiterer Ermittlungsmaßnahmen führen, während die bereits unter Bedingungen potenzieller Verteidigungslosigkeit vorgenommenen Maßnahmen nicht mehr wiederholt werden könnten, da sie (zu Unrecht) als anerkannt gälten. Maßnahmen, die nach Überschreiten der Höchstfristen des Ermittlungsverfahrens angeordnet werden, sind nämlich im Sinne von Art. 779 LECrim unwirksam (STS 128/2024 vom 8. Februar). Folglich würde die Stattgabe eines Rechtsmittels wegen Verletzung des Rechts auf anwaltlichen Beistand, das klar auf die Wiederherstellung des Rechtsmittelführers in seinem Recht abzielt, in der Praxis wirkungslos bleiben und in eine echte prozessuale *Sackgasse* führen – eine Ausweglosigkeit, insofern zwar eine Nichtigkeit wegen festgestellter Verteidigungslosigkeit erklärt würde, zugleich aber keine Möglichkeit zur Verteidigung mehr bestünde, nachdem der Rechtsmittelführer (theoretisch) sein Recht wiederhergestellt hätte. Zwar lässt sich nicht immer mit Klarheit bestimmen, zu welchem Zeitpunkt die aus der Unwirksamkeit der anwaltlichen Vertretung während der Ermittlungsphase resultierende Verteidigungslosigkeit eingetreten ist, und in vielen Fällen wäre es nahezu unmöglich festzustellen, ob das Tätigwerden des Verteidigers bei einer bestimmten Ermittlungsmaßnahme tatsächlich eine wirksame Verteidigungslosigkeit verursacht hat.

In anderen, möglicherweise häufigeren Fällen wird hingegen gerade das Unterlassen der Beantragung entlastender Ermittlungsmaßnahmen zur Feststellung der Verteidigungslosigkeit führen. Gerade für diese Konstellationen, in denen die Folge die Nichtigkeit des Beschlusses über die Umwandlung in das abgekürzte Verfahren oder über das Ende der Untersuchung im ordentlichen Verfahren sei müsste, wäre *de lege ferenda* eine Korrektur des möglichen Ablaufs der Höchstfrist für das Ermittlungsverfahren geboten (was den Antrag und die Durchführung von Ermittlungsmaßnahmen zum Ausgleich einer einseitigen Untersuchung unmöglich machen würde, da diese nur in eine Richtung geht). Es wäre daher erforderlich, *ex lege* und automatisch eine zusätzliche angemessene Frist einzuräumen, damit der Beschuldigte die Verteidigung entfalten kann, derer er zuvor zu Unrecht beraubt war, und zwar unabhängig vom Ablauf der Verfahrensfristen des Art. 324 LECrim.¹⁷⁰

Nicht außer Acht gelassen werden darf jedoch, dass der Höhepunkt des Strafverfahrens –in dem die Beweisaufnahme¹⁷¹ tatsächlich unter der Geltung

170 Allerdings hat das jüngste Urteil STS 728/2024 vom 11. Juli diese Fristen trivialisiert, um der Vernehmung des Beschuldigten Raum zu geben, unter dem Vorwand, dass diese – obwohl außerhalb der Ermittlungsfrist angeordnet – “notwendig und sequenziell” aus den Haftbefehlen, den Anordnungen zur Fahndung und Festnahme sowie der Erlassung internationaler und europäischer Haft- und Auslieferungsersuchen einerseits und aus dem an die spanische Regierung gerichteten Vorschlag zur Stellung eines Auslieferungsantrags bei der zuständigen kolumbianischen Justizbehörde andererseits hervorgegangen sei, wobei beide Maßnahmen innerhalb der Ermittlungsfrist ergangen waren.

171 Es handelt sich um eine seit dem alten Urteil STC 31/1981 vom 28. Juli unumstrittene, beständige und lückenlose Frage.

der Grundsätze der Mündlichkeit, Öffentlichkeit, Konzentration und Kontradiktion stattfindet– die Hauptverhandlung ist. Gerade während dieser, in der die Unschuldsvermutung tatsächlich auf dem Spiel steht, muss der Richter oder das Gericht besonders wachsam sein, da ein aus einer unwirksamen Verteidigung resultierendes prozessuales Ungleichgewicht fatale und irreversible Folgen haben kann. Denn die Ermittlungsphase ist – *sit venia verbo* – weniger gefährlich in Bezug auf mögliche Nachteile für den Beschuldigten infolge einer unwirksamen anwaltlichen Vertretung, da nicht außer Acht gelassen werden darf, dass ihr Zweck darin besteht, “die Hauptverhandlung vorzubereiten” und “die Begehung der Straftaten mit allen Umständen festzustellen, die auf ihre rechtliche Würdigung und die Schuld der Täter Einfluss haben können, sowie deren Personen und vermögensrechtliche Verantwortlichkeiten zu sichern” (Art. 299 LECrim) oder, anders ausgedrückt, “die Art und die Umstände der Tat, die an ihr beteiligten Personen sowie das für die Entscheidung zuständige Gericht festzustellen” (Art. 777.1 LECrim im Rahmen des abgekürzten Verfahrens).

Ich habe in vorherigen Absätzen ausgeführt, dass die Nichtigkeit von Verfahrenshandlungen, sofern sie auf Antrag einer Partei geltend gemacht wird, im Rahmen und aus Anlass des gegen die jeweilige gerichtliche Entscheidung statthaften Rechtsmittels geltend zu machen ist (Art. 240.1 LOPJ). Gleichwohl steht der durch die Nichtbeachtung wesentlicher Verfahrensnormen und die daraus resultierende Verteidigungslosigkeit beschwerten Partei auch dann, wenn bereits eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung ergangen ist, der außergewöhnliche Rechtsbehelf des Art. 241.1 LOPJ zur Verfügung. Zwar beginnt diese Vorschrift mit der kategorischen Feststellung, dass

“Vorfälle der Nichtigkeit von Verfahrenshandlungen grundsätzlich nicht zugelassen werden”, sie eröffnet jedoch “ausnahmsweise” die Möglichkeit, innerhalb einer relativen Frist von zwanzig Tagen und einer absoluten Frist von fünf Jahren¹⁷² schriftlich die Feststellung der Nichtigkeit von Verfahrenshandlungen zu beantragen, wenn diese auf einer Verletzung eines der in Art. 53.2 der Verfassung genannten Grundrechte beruht, sofern diese Verletzung vor Erlass der das Verfahren abschließenden Entscheidung nicht geltend gemacht werden konnte und diese Entscheidung weder mit einem ordentlichen noch mit einem außerordentlichen Rechtsmittel anfechtbar ist.¹⁷³

172 “Die Frist für die Beantragung der Nichtigkeit beträgt 20 Tage ab Zustellung der Entscheidung oder in jedem Fall ab Kenntnisnahme des Mangels, der zur Verteidigungslosigkeit geführt hat, wobei im letzteren Fall die Nichtigkeit der Verfahren nicht mehr nach Ablauf von fünf Jahren nach Zustellung der Entscheidung beantragt werden kann (zweiter Absatz von Artikel 241.1 LOPJ).

173 Die Bearbeitung dieses Vorfalles, die in die Zuständigkeit des Gerichts fällt, das die rechtskräftige Entscheidung getroffen hat, ist in Artikel 241 Absatz 2 LOPJ geregelt:

“2. Nach Zulassung des Antrags auf Nichtigerklärung aufgrund der im vorstehenden Absatz dieses Artikels genannten Mängel wird die Vollstreckung und Wirksamkeit des nicht anfechtbaren Urteils oder der nicht anfechtbaren Entscheidung nicht ausgesetzt, es sei denn, die Aussetzung wird ausdrücklich beschlossen, um zu verhindern, dass der Vorfall seinen Zweck verfehlt, und das Schreiben wird zusammen mit einer Kopie der gegebenenfalls beigefügten Unterlagen, die den Mangel oder Fehler belegen, auf den sich der Antrag stützt, an die anderen Parteien weitergeleitet, die innerhalb einer gemeinsamen Frist von fünf Tagen ihre Einwendungen schriftlich vorbringen können, denen sie die als relevant erachteten Unterlagen beifügen.

Wird die Nichtigkeit festgestellt, werden die Verfahren in den Zustand unmittelbar vor dem Mangel, der sie verursacht

Das große Problem, das dieser Nichtigkeitszwischenfall gegen bereits rechtskräftige gerichtliche Entscheidungen aufwirft, besteht darin, dass das funktionell zuständige Gericht zu seiner Entscheidung dasselbe ist, welches die angefochtene Entscheidung erlassen hat (erster Teil des zweiten Absatzes von Artikel 241.1 LOPJ), was zu Recht Gegenstand erheblicher Kritik in der Doktrin gewesen ist. Hervorzuheben sind in diesem Zusammenhang die Überlegungen von DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ,¹⁷⁴ der den Nichtigkeitsvorfall von Verfahrenshandlungen als sinnentleert erachtet und in didaktisch überzeugender Weise darlegt, dass dieser durchaus seine Berechtigung hatte, als der Gesetzgeber mit der *Ley Orgánica* 5/1997 vom 4. Dezember zur Reform der *Ley Orgánica* 6/1985 vom 1. Juli über die rechtsprechende Gewalt die Lösung des Nichtigkeitsvorfalls als vorherige Stufe

hat, zurückversetzt und es folgt das gesetzlich festgelegte Verfahren. Wird der Antrag auf Nichtigklärung abgelehnt, wird der Antragsteller durch Beschluss zur Tragung aller Kosten des Verfahrens verurteilt, und wenn das Gericht der Ansicht ist, dass der Antrag leichtfertig gestellt wurde, wird ihm zusätzlich eine Geldstrafe von 90 bis 600 Euro auferlegt. Gegen die Entscheidung über den Antrag kann kein Rechtsmittel eingelegt werden.

174 DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Un pequeño gran problema: indefensión y sentencia firme”, *Tribunales de Justicia*, Nr. 5, Mai 1997, S. 513-520; “La reforma del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: luces y sombras”, *Tribunales de Justicia*, Nr. 2, Februar 1998, S. 129-143; “A vueltas con el incidente de nulidad de actuaciones”, *Tribunales de Justicia*, Nr. 7, Juli 1999, S. 615-620; und “¿Tiene sentido el incidente de nulidad de actuaciones?”, in AAVV, *La nueva perspectiva de la tutela procesal de los derechos fundamentales: XXII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Ministerio der Präsidentschaft und Verfassungsgericht, Madrid, 2018, S. 99-122.

zum Verfassungsbeschwerdeverfahren wählte, da Einigkeit darüber bestand, den ordentlichen Gerichten zumindest die Möglichkeit einzuräumen, Situationen der *Verteidigungslosigkeit* nach Eintritt der Rechtskraft zu beheben.

Es sei jedoch darauf hingewiesen, dass mit der – durch die noch geltende *Ley Orgánica* 6/2007 vom 24. Mai– eingeführten Reform, durch die die *Ley Orgánica* 2/1979 vom 3. Oktober des Verfassungsgerichts geändert wird, den Nichtigkeitsvorfall auf „jede Verletzung eines der in Artikel 53.2 der Verfassung genannten Grundrechte“ ausgedehnt wurde; damit –wie dieser Autor zutreffend kritisiert– wird “kein Gericht einen Zwischenfall stattgeben, der darauf gestützt ist, dass seine Entscheidung willkürlich oder unvernünftig ist”,¹⁷⁵ noch –so ist hinzuzufügen– darauf, dass der Verteidiger vor seinen Augen in einer Weise unwirksam tätig geworden ist, die das Grundrecht auf anwaltliche Verteidigung praktisch unkenntlich macht. Wie der mehrfach zitierte Autor schlussfolgert, war diese Regelung in ihrer früheren Ausgestaltung, beschränkt auf Verteidigungslosigkeit und Inkongruenz, weitaus sinnvoller, da die Zuständigkeitsregel auf der “Erfahrungsregel beruhte, dass das Gericht bei bloßen Funktionsstörungen (typischerweise einer fehlerhaften Zustellung oder dem Verlust einer Prozesshandlungsschrift) selbst das größte Interesse daran haben würde, schnell und unkompliziert Abhilfe zu schaffen”.¹⁷⁶

175 DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “¿Tiene sentido el incidente de nulidad de actuaciones?”, *op. cit.*, S. 99-122.

176 *Ibidem.*

In diesem Sinne hat AGUILERA MORALES mit Sachverstand und gesundem Menschenverstand argumentiert, dass “damit dieser [der Nichtigkeitsvorfall von Verfahrenshandlungen] tatsächlich ein wirksames Instrument zum Schutz der Grundrechte ist, es zweckmäßig, wenn nicht notwendig erscheint, dass derjenige, der zur Feststellung der Verletzung dieser Rechte berufen ist, ohne jegliche Vorurteile oder Vorbehalte handeln kann. Und dies –fügen wir hinzu– lässt sich nicht *in genere* vom selben Gericht behaupten, dem die rechtsverletzende Handlung zur Last gelegt wird”.¹⁷⁷ Es handelt sich um ein inzwischen nahezu historisches dogmatisches Anliegen,¹⁷⁸ das sich auch in der jüngeren Literatur fortsetzt. So vertritt etwa RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ die Auffassung, dass “*de lege ferenda*, auf der Zweckmäßigkeit zu bestehen ist, den Zwischenfall von einem Gericht mit einer anderen

177 AGUILERA MORALES, M., “El incidente de nulidad de actuaciones *ex* artículo 241 LOPJ: una mala solución para un gran problema”, *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, Vol. 1 | 2018, S. 124.

178 BACHMAIER WINTER, L., “La reforma de la LOTC y la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones”, *Revista Derecho Procesal*, 2007, S. 61; RICHARD GONZÁLEZ, M., *Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones*, Cizur Menor, 2008, S. 224; CHOZAS ALONSO, J. M., “La expansión del incidente de nulidad de actuaciones por motivos procesales. A propósito de la STC 43/2010, de 26 de julio”, *Derecho Privado y Constitución*, N. 25, Januar-Dezember 2011, S. 329-330; oder MORENILLA ALLARD, P., und CASTRO MARTÍN, J. L., “Sobre la inconstitucionalidad del artículo 241.1. II LOPJ, en cuanto que atribuye la competencia para el conocimiento y resolución del incidente excepcional de nulidad de actuaciones al mismo Tribunal que dictó la resolución judicial firme cuya rescisión se postula”, *Diario La Ley*, N. 7784, 26. Januar 2012.

Zusammensetzung entscheiden zu lassen als jenem, dem die verfassungswidrige Verletzung angelastet wird”.¹⁷⁹

IV.- Die Verständigung als Hauptursache für unwirksamen anwaltlichen Beistand

Derzeit endet ein sehr hoher Prozentsatz der Strafverfahren mit einem Urteil aufgrund eines Geständnisses im Rahmen einer Verständigung (im Folgenden kurz: Urteil nach Verständigung, aus dem spanischen “sentencia de conformidad”). Dies geht aus den Daten des letzten Berichts der Generalstaatsanwaltschaft (Geschäftsjahr 2022)¹⁸⁰ hervor: Von den insgesamt von den Strafgerichten (116.034) und den Provinzgerichten (8.741) verhängten Verurteilungen waren 63 % bzw. 57 % Urteile nach Verständigung. Dieser offizielle Prozentsatz muss um die sogenannten “Teilvereinbarungen” erhöht werden, die während der Verhandlung nicht als Verständigung *strictu sensu* umgesetzt werden, aber *de facto* zu einem absoluten Konsens zwischen der Anklage und einigen Verteidigern führen.¹⁸¹ Diese prozessuale Anomalie wurde in dem jüngsten Urteil STS 930/2023 vom 18. Dezember ausführlich behandelt. Zusammenfassend erinnert das Oberste Gericht daran, dass “auch wenn dies durch eine mehr oder weniger verbreitete Praxis autorisiert ist, es nicht streng genommen mit der Legalität ve-

179 RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J., “El incidente de nulidad de actuaciones”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 25(1) (2021), S. 137-138.

180 Verfügbar auf: [Memoria de la Fiscalía General del Estado 2023](#) (letzter Aufruf am 20. September 2024)

181 Zu diesen und anderen Fragen im Zusammenhang mit der Verständigung, siehe AGUILERA MORALES, M., “La deriva del “principio” del consenso”, *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, Vol. 2 | 2019.

reinbar ist”, obwohl es keinen Verstoß gegen die ordentliche oder verfassungsmäßige Legalität sieht, wenn das Gericht den “einverstandenen” Angeklagten eine geringere Strafe auferlegt, auch wenn die Vereinbarung nicht offiziell zustande kommt.

Wenn dies so ist und mehr als die Hälfte der Strafverfahren in Spanien mit einer Verständigung im strengen Sinne endet –und unter Einbeziehung der “teilweisen Verständigungen” ist es mehr als wahrscheinlich, dass sich dieser Anteil auf drei Viertel der Verfahren beläuft–, so ist ein erhebliches Risiko klar identifiziert: die Verurteilung unschuldiger Angeklagter aufgrund eines unwirksamen anwaltlichen Beistands. Denn, wie im Folgenden noch darzulegen sein wird, sieht unser strafprozessuales System bei der Regelung der Verständigung keinerlei Kontrollmechanismus hinsichtlich des Vorliegens belastender Beweise vor.

Tatsächlich weist die LECrim bei der Regelung der Verständigung¹⁸² im Rahmen des Abgekürzten

182 Auch wenn ich mir bewusst bin, dass im ordentlichen Verfahren bei schweren Straftaten –bereits seit der ursprünglichen Regelung des Strafprozessgesetzes (LECrim)– die Verständigung des Angeklagten in zwei Verfahrensphasen geregelt ist, nämlich in der vorläufigen Qualifizierungsschrift der Verteidigung (Art. 655) und in der Hauptverhandlung zu Beginn der Sitzungen (Art. 688. II bis 700) geregelt ist, habe ich mich dafür entschieden, von der Regelung des abgekürzten Verfahrens auszugehen, da diese in der Praxis am häufigsten vorkommt und Verständigungen im ordentlichen Verfahren eher selten sind (wobei zu beachten ist, dass die Freiheitsstrafe, damit sie durchführbar ist, sechs Jahre nicht überschreiten darf, wenn in diesen Verfahren Straftaten behandelt werden, die mit einer Strafe von mehr als neun Jahren geahndet werden), und zum anderen, weil, wie CHOZAS ALONSO, J.M. (“*La conformidad penal española y el patteggiamento italiano*”). Breve estudio de

Verfahrens dem Richter oder dem Gericht keinerlei Befugnis zu, das Vorliegen von Beweisen –seien diese rechtmäßig oder rechtswidrig erlangt– zu überprüfen (vgl. Art. 787 Abs. 2 und 3¹⁸³), und in jedem Fall würde deren Feststellung den Angeklagten nicht zur Anfechtung des Urteils berechtigen (Art. 787 Abs. 7). Gleichwohl vertreten Autoren wie MORENO VERDEJO,¹⁸⁴ auch wenn sie sich nicht exakt mit dem hier behandelten Thema befassen, die Auffassung, dass die Formulierung des Art. 787 Abs. 1 LECrim, wenn es dort heißt “...*wenn aus der von allen Parteien akzeptierten*

derecho comparado”, *La Ley Penal: revista de Derecho Procesal, Penal y Penitenciario*, Nr. 104, September-Oktober 2013, S. 104) die Regelung des ordentlichen Verfahrens nicht sehr gut mit dem Wesen und Zweck der modernen Verständigung vereinbar ist, die durch das Gesetz 7/1988 (abgekürztes Verfahren) in die spanische Rechtsordnung aufgenommen und später durch das Gesetz 38/2002 (Schnellverfahren) erweitert wurde, insofern, als das Element “Verhandlung” offenbar fehlt und unserer Meinung nach die Idee der “Zustimmung” an Bedeutung gewinnt. Zur Ausnahmecharakteristik der Verständigung im ordentlichen Verfahren siehe auch TOMÉ GARCÍA, J.A. (mit DE LA OLIVA SANTOS, A., ARAGONESES MARTÍNEZ, S., HINOJOSA SEGOVIA, R. und MUERZA ESPARZA, J.), *Derecho Procesal Penal*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004, S. 458 (zitiert von CHOZAS ALONSO).

183 In jedem Fall sieht die Strafprozessordnung vor, dass der Angeklagte vor diesem Verfahrensschritt zu einer Verständigung kommen kann. Siehe hierzu Artikel 779.5, 784.3 und 801 sowie das Protokoll für Verfahren zur Verständigung zwischen der Generalstaatsanwaltschaft und dem Generalrat der Anwaltschaft vom 1. April 2009 und die Anweisung der Generalstaatsanwaltschaft Nr. 2/2009 zu dessen Anwendung.

184 MORENO VERDEJO, J., “La conformidad”, in VV.AA., *El juicio oral en el proceso penal (especial referencia al procedimiento abreviado)*, Colección de Estudios de Derecho Procesal Penal N. 26, Comares, Granada, 2010, S. 47-48.

Beschreibung der Tatsachen hervorgeht...”, bei einer ersten Lektüre zwar als ein Verbot für den Richter erscheinen könnte, den verständigten Sachverhalt in Frage zu stellen, tatsächlich jedoch lediglich den “Ausdruck des dem Richter durch Art. 789.3 auferlegten Verbots darstellt, den Sachverhalt zu verändern, das heißt wegen eines anderen als des angeklagten Sachverhalts zu verurteilen”. In diesem Sinne – so unter Berufung auf VARELA CASTRO¹⁸⁵ – bedeutet die Anweisung, “vom akzeptierten Sachverhalt auszugehen”, nicht, diesen als bewiesen anzusehen, was etwas grundlegend anderes wäre.

Ideal und ohne Zweifel am stärksten mit den Grundrechten jedes Angeklagten vereinbar wäre es *de lege ferenda* dem Gericht, vor dem die Verständigung erklärt wird, die Möglichkeit einzuräumen, das Vorliegen belastender Beweise¹⁸⁶ zu überprüfen, ebenso wie das etwaige Vorliegen verfassungswidrig erlangter Beweise und gegebenenfalls die Reichweite ihrer Fernwirkungen. Das Gericht müsste in solchen Fällen befugt –und verpflichtet– sein, die Verständigung zurückzuweisen¹⁸⁷

185 VARELA CASTRO, L., “Para una reflexión sobre el régimen de la conformidad en el procedimiento abreviado”, in VVAA., *El procedimiento abreviado*, Cuadernos de Derecho Judicial IX, CGPJ, Madrid, 1992, S. 219.

186 Die Anklage (insbesondere die Staatsanwaltschaft) und die Verteidigung könnten dem Gericht, welches die Verständigung genehmigen muss, eine Zusammenfassung der gegen den Angeklagten vorliegenden belastenden Elemente vorlegen, um die Arbeit des Richters zu erleichtern. Dies würde für die Parteien keinen zusätzlichen Aufwand bedeuten und wäre darüber hinaus hilfreich, um sicherzustellen, dass die Verständigung das Ergebnis echter Verhandlungen und nicht nur ein bloßer Tauschhandel ist.

187 Abgesehen davon erlaubt Artikel 50.2 LOTJ dem vorsitzenden Richter, das Verständigung nicht zu akzeptieren und die

und ein freisprechendes Urteil¹⁸⁸ zu erlassen, wenn *prima facie* keine ausreichenden belastenden Beweise vorliegen, um die Unschuldsvermutung des Angeklagten zu entkräften, sei es, weil solche Beweise niemals existiert haben,¹⁸⁹ sei es, weil sämtliche unmittelbar oder mittelbar unter Verletzung von Grundrechten erlangten Beweise ausgeschlossen sind.

Es entgeht mir nicht, dass ich in gewisser Weise eine argumentative Akrobatik vollziehe, wenn ich fordere, die Nichtexistenz oder Unzulänglichkeit von belastender “Beweisführung” zu überprüfen, obwohl diese streng genommen noch gar nicht erhoben worden ist, da der Zeitpunkt des Hauptverfahrens der hierfür vorgesehene prozessuale Moment ist.¹⁹⁰ Gleichwohl

Fortsetzung des Verfahrens anstelle der Auflösung der Jury anzuordnen, wenn er der Ansicht ist, dass ausreichende Gründe vorliegen, um auf die objektive oder subjektive Nichtigkeit der Tat zu schließen.

- 188 Ähnlich wie die Befugnis zur vorzeitigen Auflösung des Geschworenengerichts, die Artikel 49 LOTJ dem vorsitzenden Richter überträgt.
- 189 Kürzlich hat BAUTISTA SAMANIEGO, C., «Conformidad material y juicio equitativo» (Materielle Übereinstimmung und gerechter Prozess), *La Ley Penal*, Nr. 164, September 2023, Verlag La Ley, dafür plädiert, die Hindernisse des aktuellen Artikels 787.2 LECrim zu überwinden, und sich für eine gerichtliche Kontrolle der Hinlänglichkeit der Indizien als Voraussetzung für die Verständigung ausgesprochen.
- 190 Nichtsdestoweniger gibt es Rechtsordnungen –wie etwa die deutsche–, in denen die Verständigung des Angeklagten die gerichtliche Verpflichtung, das Vorliegen hinreichender Belastungsbeweise zur Widerlegung der Unschuldsvermutung zu überprüfen, unberührt lässt. Konkret bestimmt § 257c Abs. 1 der deutschen Strafprozessordnung, dass die Pflicht des Gerichts, die Beweisaufnahme von Amts wegen zur Erforschung der Wahrheit zu erweitern, wie sie in § 244 StPO

kann es Konstellationen geben, in denen nicht einmal

vorgesehen ist, durch die Verständigung, die das Gericht mit den Verfahrensbeteiligten über den weiteren Fortgang und das Ergebnis des Verfahrens der Verständigung erzielt, nicht beeinträchtigt wird. SACHER, M., weist in “Die Hauptverhandlung als Forum der Wahrheit – Eine Analyse mit Blick auf die Strafprozessreformen von Argentinien und Mexiko”, Duncker & Humblot, Berlin 2022, darauf hin, dass der Gesetzgeber mit diesem Vorbehalt vermeiden wollte, der gefestigten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Grenzen des staatlichen *ius puniendi* zu widersprechen.

Wie VELEDA, D. in “La decisión sobre la *quaestio facti* en los acuerdos de culpabilidad”, *Quaestio facti*. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio, Nr. 2, 2021, hervorhebt, ist in der Bundesrepublik Deutschland “das Geständnis des Angeklagten im Rahmen einer Verständigung nichts anderes als eine Erkenntnisquelle hinsichtlich der Tatsachen oder, genauer gesagt, ein weiteres Beweismittel seiner Schuld, das – wenn es nicht durch andere Elemente bestätigt wird, die seine Glaubhaftigkeit stützen– für den Erlass einer Verurteilung unzureichend sein kann. Demnach kann ein Angeklagter die Phase der Schuldfrage nicht allein dadurch beenden, dass er seine Verantwortung vor Gericht einräumt. Zwar kann ein Schuldeingeständnis für den Richter bei der Wahrheitsfindung von großem Nutzen sein, doch liegt das letzte Wort weiterhin beim Richter, der folglich sagen kann: Ich glaube Ihnen, aber Ihr Geständnis allein ist kein Beweis jenseits vernünftiger Zweifel dafür, dass Sie die Tat begangen haben’ (Langer, 2018: 40–41)” (S. 162).

In demselben Sinne führt DIAS, L. in „Los acuerdos en Derecho penal en Karlsruhe y Estrasburgo: análisis de las recientes sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Pensar en Derecho*, Nr. 6, S. 195–243, unter Bezugnahme auf das Urteil des BVerfG, 2 BvR 2628/10, aus, dass “die Pflicht des Richters zu einer umfassenden Sachverhaltsaufklärung trotz der einvernehmlichen Entscheidung fortbesteht. Mit anderen Worten: Die Verständigung kann in keinem Fall für sich genommen eine Verurteilung rechtfertigen, vielmehr muss diese hinreichend auf unabhängigen Tatsachen und Umständen beruhen. Dies führt letztlich dazu, dass die Verständigung

der *corpus delicti* vorliegt (erneut: weil er niemals in die Ermittlungen einbezogen wurde oder weil er aufgrund der Beweisverwertungsregel des Art. 11.1 LOPJ ausgeschlossen wurde). In einem solchen Szenario muss sich der Richter oder das Gericht darüber im Klaren sein, dass eine Verurteilung niemals tragfähig sein wird.¹⁹¹

zwar einen Verzicht des Angeklagten auf sein Recht zur Beweisführung implizieren kann, ungeachtet dessen jedoch die Tatsachen ausreichend festgestellt sein müssen, wobei der Richter seine Pflicht zur Wahrheitserforschung behält" (S. 219).

Tatsächlich hatte ich Gelegenheit, an Verständigungsverhandlungen in der Stadt Hamburg teilzunehmen, und diese Verhandlungen können mehrere Stunden dauern, da die Staatsanwaltschaft den Angeklagten zu jedem einzelnen Tatvorwurf befragt und während der Vernehmung belastende Beweismittel einführt, wobei der Angeklagte etwa die Täterschaft und den Inhalt der ihm von der Anklage vorgehaltenen E-Mails anerkennen muss. Angesichts der hohen strafrechtlichen Streitsucht und der allgemeinen Überlastung der Straferichte in Spanien erscheint mir die Einführung eines vergleichbaren Systems ebenso unmöglich wie unnötig. Die der Verständigung eigene Wirksamkeit lässt sich auch durch eine minimale richterliche Kontrolle des Vorliegens eines *fumus boni iuris* hinsichtlich der Existenz der Straftat und der Beteiligung des Angeklagten erreichen.

- 191 Nicht umsonst, wie GASCÓN INCHAUSTI, F., "Justicia penal negociada y nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal. Algunas reflexiones críticas a la luz de la experiencia jurídica estadounidense", unveröffentlichter Text (vom Autor zur Verfügung gestellt), erklärt, muss in den USA das Gericht zumindest auf theoretischer Ebene sicherstellen, dass eine faktische Grundlage für das Schuldbekennnis nicht nur durch das Geständnis des Angeklagten gegeben ist, sondern auch, indem "der Staatsanwalt gefragt wird, welche Beweise seine Anklage in einem Prozess stützen würden". Allerdings scheinen sich diese rechtlichen Anforderungen des Obersten Gerichtshofs zunehmend zu lockern, bis sie nicht mehr wiederzuerkennen sind. FERRÉ OLIVÉ, J.C., erklärt dies in "El Plea Bargaining, o cómo pervertir la justicia penal a través

Bei aller gebotenen Zurückhaltung im Vergleich ließ Art. 108 Nr. 4 des gescheiterten BACPP 2013 dem Gericht die Möglichkeit, das Urteil nach Verständigung zurückzuweisen und die Fortsetzung des Verfahrens anzuordnen, falls das Vorliegen des *corpus delicti* nicht feststand, obwohl es bei Begehung der Straftat hätte existieren müssen,¹⁹² während der LECrim 2020 eine

de un sistema de conformidades low cost”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 20-06 (2018): “Nach dem Urteil des Obersten Gerichtshofs der Vereinigten Staaten in der Rechtssache Brady v. United States von 1970 war das Plea Bargaining ein Instrument, das nur dann eingesetzt werden durfte, wenn die Beweise für die Schuld erdrückend waren und der Angeklagte von der Möglichkeit der Verhandlung profitieren konnte.” (S. 18).

- 192 CHOZAS ALONSO, J.M., “La conformidad...”, *op. cit.*, S. 110 und 111, weist darauf hin, dass seiner Meinung nach der geplante Artikel 108 die in Italien für das “patteggiamento” festgelegte Form der gerichtlichen Kontrolle stark berücksichtigt hat. Dieser Autor geht womöglich über den Wortlaut der Vorschrift hinaus und ist von der genannten Institution des italienischen Rechts beeinflusst, wenn er postuliert, dass das Gericht auch zu dem Schluss kommen kann, dass keine Elemente vorliegen, um die Anklage aufrechtzuerhalten, sodass das Verfahren vorzeitig mit einem Freispruch beendet werden sollte, und zwar nicht nur, wenn die Straftat nie begangen wurde, sondern auch, “*wenn der Angeklagte nicht dafür verantwortlich ist (es gibt Beweise für seine Unschuld)*”. CHOZAS räumt jedoch ein, dass der Richter im Grunde genommen nicht die Schuld prüft, sondern sich darauf beschränkt, das Fehlen von Gründen für die Straffreiheit zu überprüfen (Anmerkung 27, *ibidem*). Siehe hierzu FERRUA, P., Il “*giusto processo*”, Zanichelli, Bologna, 2012, S. 75 ff. (zitiert von CHOZAS ALONSO).

Über das “patteggiamento”, siehe. MARCOLINI, S., *Il patteggiamento nel sistema della Giustizia penale negoziata. L'accertamento della responsabilità nell'applicazione della pena su richiesta delle parti tra ricerca di efficienza ed esigenze di garanzia*, Giuffrè Editore, Milano, 2005.

richterliche Kontrolle des tatsächlichen Vorliegens zusätzlicher rationaler Hinweise auf eine Straftat über das Geständnis hinaus nur für die Fälle vorsah, in denen der Angeklagte ein Urteil nach Verständigung zu einer Freiheitsstrafe von mehr als fünf Jahren anstrebt (Art. 107 Abs. 3 letzter Halbsatz und Abs. 4).

Wie MORENO VERDEJO im Zusammenhang mit der Beweisführung der Tatsachen im Rahmen des Urteils nach Verständigung¹⁹³ ausführt, hat der Richter über die Existenz des Tatgeschehens selbst zu wachen, das heißt über “die Übereinstimmung des verständigten Sachverhalts mit der materiellen Wahrheit”. Zur Stützung seiner These verweist er auf die bereits älteren Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs vom 1. März 1988 und 19. Juli 1989 und gelangt zu dem Schluss, dass es zwar selten sein werde, dass ein Richter angesichts der Verständigung des Angeklagten die Realität der Tatsachen in Zweifel ziehe,¹⁹⁴ was jedoch

193 MORENO VERDEJO, J., “La conformidad”, *op. cit.*, S. 47.

194 Die Zweite Kammer des Obersten Gerichtshofs hat sich in einigen relativ aktuellen Urteilen kritisch zu diesem Thema geäußert. Aufgrund ihrer Klarheit lohnt es sich, die Worte des Urteils STS 592/2009 vom 5. Juni zu zitieren, die später vom Urteil STS 1077/2011 vom 10. Oktober übernommen wurden: “Es verändert die Natur des gerichtlichen Moments grundlegend: indem es die Strafforderung verfügbar macht; und indem er die Tür für rein zustimmende Einwilligungen öffnet, die auf pragmatischen Gründen, reiner Opportunität und einer wenig strengen Ausübung des Verteidigungsrechts beruhen, vor allem auf Kosten von Angeklagten mit geringer wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit, die die Hauptnutzer des Systems sind. Darüber hinaus begünstigt es die routinemäßige Anwendung dieser Option, getrieben von einem einfachen Verfahrenszweck, und kann aktiv zur Herabsetzung der Rolle des Richters beitragen, der von einem autonomen, auf Beweisen basierenden Entscheidungsträger zu einem einfachen Notar

nicht ausschließt, dass der Richter die Motivation dieser Verständigung “im Lichte der im Ermittlungsverfahren vorgenommenen Maßnahmen oder anderer Umstände” hinterfragen kann –und ich füge hinzu: muss. All dies erscheint paradox, wenn man berücksichtigt, dass sowohl beim Verfassungsgericht (vgl. etwa das Urteil vom 4. Oktober 1989) als auch beim Obersten Gerichtshof (grundlegend das Urteil 1652/2001 vom 17. September) gefestigte Rechtsprechung besteht, wonach die Abgabe eines Urteils nach Verständigung für sich genommen die Unschuldsvermutung des Angeklagten zerstört. Diese Doktrin hat ihren Ursprung in Rechtsmitteln, die von Personen eingelegt wurden, die sich zuvor verständigt hatten, und verhindert somit –mit den Worten des Urteils 1652/2001– “die Durchführung belastender Beweisaufnahmen im Hauptverfahren” aufgrund der vorherigen Tatsacheneinräumung durch den Angeklagten, der ordnungsgemäß von seinem Verteidiger beraten worden war (in diesem Sinne auch die Beschlüsse AATS 595/2004 vom 15. April und 1408/2005 vom 7. Juli sowie das Urteil der *Audiencia Provincial* Madrid, 30. Kammer, Nr. 39/2012 vom 30. Januar).

Zur Vervollständigung des vorgeschlagenen Systems und jedenfalls solange Richter und Gerichte weiterhin nicht die tatsächliche Existenz belastender Elemente gegen den Angeklagten, der sich auf eine Verständigung eingelassen hat, überprüfen, sollte es zulässig sein, gegen Urteile nach Verständigung Rechtsmittel einzulegen in denjenigen Fällen, in denen substantiiert folgendes geltend gemacht wird: i) die Verletzung des Grundsatzes

wird, der eine Verhandlungsvereinbarung mit ausschließlich vorläufigen Ermittlungshintergründen als Voraussetzung beglaubigen muss.”

der Unschuldsvermutung im Zusammenhang mit dem Recht auf einen wirksamen anwaltlichen Beistand; oder ii) die Verletzung des Grundrechts auf ein Verfahren mit allen Garantien in Verbindung mit einem wirksamen anwaltlichen Beistand, die daraus resultiert, dass rechtswidrig erlangte Beweise nicht bereits vor dem Zustandekommen der Verständigung ausgeschlossen wurden.¹⁹⁵ Dies deshalb, weil Grundrechte eine *res extra commercium* darstellen und der Staat die Verurteilung Unschuldiger zu verhindern hat, vor allem dann, wenn diese auf eine mögliche Passivität oder Unwirksamkeit der Verteidiger zurückzuführen ist.

Gleichwohl lässt sich ohne Weiteres erkennen, dass die vorgeschlagene Lösung *de lege ferenda* wäre, sodass derzeit eine gefestigte, konstante und bruchlose Rechtsprechung besteht, die die Unanfechtbarkeit von Urteilen nach Verständigung festlegt, die die erzielte Einigung enthalten (unter den jüngeren Entscheidungen vgl. ATS 20418/2023 vom 27. Juni). In gedrängter Zusammenfassung stützt sich diese Rechtsprechung auf drei Argumente: 1.) den Grundsatz, dass niemand gegen seine eigenen Handlungen verstoßen kann, indem er anführt, was er frei und freiwillig mit Billigung seines Verteidigers akzeptiert hat; 2.) den Grundsatz der Rechtssicherheit, begründet in der Regel *pacta sunt*

195 Um jedoch Funktionsstörungen und Verfahrensbetrug zu vermeiden, wäre es wünschenswert, dass der vorgeschlagene Weg nicht in Fällen genutzt werden kann, in denen die Verletzung von Grundrechten nicht vor Abschluss der Verständigungsvereinbarung offengelegt wurde, unter anderem weil es sich dabei um eine Debatte handeln würde, die je nach Fall in zweiter Instanz oder in der Revisionsinstanz *per saltum* aufgeworfen würde.

servanda;¹⁹⁶ 3.) die Gefahr des Missbrauchs, insofern die Verteidigung eine Verhandlung führen könnte, um eine mildere rechtliche Würdigung und Strafe zu erlangen, um diese anschließend anzufechten, nachdem sie sich zuvor eine niedrigere “Obergrenze” gesichert hat als jene, die bei Durchführung der Hauptverhandlung hätte verhängt werden können (vgl. unter vielen anderen Entscheidungen des obersten Gerichts, STS 768/2022 vom 15. September oder ATS 85/2023 vom 12. Januar)¹⁹⁷.

196 Diesem Punkt liegt eindeutig eine privatrechtliche Auffassung der Verständigung zugrunde, die wiederum eine Amerikanisierung des spanischen Strafverfahrens darstellen würde, sodass, wie GASCÓN INCHAUSTI, F., “Justicia penal negociada...” *op. cit.*, “die US-amerikanischen Juristen das *Plea Bargaining* aus einer viel stärker privatrechtlichen Perspektive betrachten, als es uns aus kontinentaler Sicht akzeptabel erscheint, wenn es um das Strafrecht und seine gerichtliche Anwendung geht”, was sich in zwei grundlegenden Ansätzen niederschlägt: Einerseits stellt das *Plea Bargaining* eine weitere Form des Vertragsabschlusses dar, was bedeutet, dass alle seine Aspekte unter Anwendung der grundlegenden Vertragsprinzipien ausgelegt und entschieden werden, und andererseits ist diese Institution “ein Geflecht von Rechtsverzichten, von denen viele grundlegender Natur sind”. Tatsächlich muss der Angeklagte auch darauf verzichten, Beweismittelunrechtmäßigkeiten anzuzeigen oder die Anzeige aufrechtzuerhalten, wenn diese vor der außergerichtlichen Verhandlung und/oder der Formalisierung der Verständigung erfolgt ist, wie es unserer Meinung nach – wenn man so will – in Spanien in verschleierter Form geschieht, was die x-te Amerikanisierung des Strafverfahrens darstellen würde.

197 Wie jede allgemeine Regel ist natürlich auch die Doktrin der Unanfechtbarkeit von Urteilen nach Verständigung, die die erzielte Einigung widerspiegeln, nicht frei von Ausnahmen. Ausgehend von der dargelegten Rechtsprechung lassen sich diese auf folgende Fälle zurückführen: 1.) Wenn das Urteil in einem gesetzlich nicht zulässigen Fall ergangen ist (Strafe über dem gesetzlich festgelegten Höchstmaß – siehe Art. 655 und 688 LECrim); 2.) Wenn die festgelegten Verfahrensvorschriften nicht eingehalten wurden (z. B. die

In England und Wales haben die Strafberufungsgerichte entschieden, dass eine Verständigungsvereinbarung dem *ad quem*-Gericht nicht die Zuständigkeit nimmt, über das Rechtsmittel gegen die Verurteilung zu befinden (Lee [1984] 1 W.L.R. 578).

Kann der Angeklagte seine Berufung auf dem Weg des Artikels 2.1 des *Criminal Appeal Act*¹⁹⁸ begründen,

doppelte Garantie der Zustimmung des Angeklagten und des Rechtsanwalts); 3.) Wenn ein Willensmangel vorliegt (Irrtum, Gewalt, Einschüchterung oder Arglist); und 4.) Wenn durch die Verhängung einer Strafe, die nach der rechtlichen Einstufung der Tat unzulässig ist, gegen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit verstoßen wird.

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass ein Urteil nach Verständigung gemäß Art. 954 LECrim überprüft werden kann, sofern eine der Voraussetzungen dafür vorliegt. In diesem Zusammenhang ist das Urteil des Obersten Gerichtshofs 803/2013 vom 31. Oktober interessant, welches das prozessuale Verhalten des Angeklagten, der sich mit einer reduzierten Strafe als Verantwortlicher für eine Straftat gegen die Verkehrssicherheit –Fahren ohne Führerschein aufgrund des Verlusts von Punkten– zufrieden gegeben hat, und anschließend nachdem seine Einwände im Verwaltungsstreitverfahren stattgegeben und somit eine Verkehrsstrafe aufgehoben worden war, woraus sich der Verlust der Fahrerlaubnis ergab, einen außerordentlichen Revisionsantrag gemäß Art. 954.4 LECrim stellte. Die jüngsten Urteile des Obersten Gerichtshofs, 14/2023 vom 19. Januar, 821/2023 vom 10. November und 574/2024 vom 7. Juni, sehen diese außerordentliche Möglichkeit der Anfechtung von Urteilen nach Verständigungen vor.

Das ALECrIm 2020 enthielt seinerseits eine Bestimmung, die zwar etwas unbestimmt war, aber die Möglichkeit vorsah, gegen Urteile nach Verständigung Berufung einzulegen, “wenn die Anforderungen oder Bedingungen desselben nicht eingehalten wurden” (Art. 173.2).

198 Dieser Grundsatz des *Criminal Appeal Act* von 1968 sieht eine unsichere Verurteilung (*unsafe*) als Grund für eine Berufung vor. Dies ist insofern paradox, als die Urteile in

ist das Berufungsgericht befugt, die Verurteilung aufzuheben (Urteil im Fall Boal [1992] Q.B. 591).

Gleichwohl haben diese Gerichte darauf hingewiesen, dass bei einem Schuldbekennnis der Ansatz des Berufungsgerichts nicht der Perspektive entspricht, aus der es eine Verurteilung beurteilt, die auf dem Schuldspruch einer Jury nach Durchführung einer kontradiktorischen Hauptverhandlung beruht (*Tredget* [2022] EWCA Crim 108). Im Fall Lee (a. a. O.) hob das Berufungsgericht die Bedeutung hervor, dass der Berufungsführer in der Lage gewesen war, sich schuldig zu bekennen, wusste, was er tat, die Absicht hatte, sich schuldig zu bekennen, und dies eindeutig sowie nach Erhalt fachkundiger Beratung getan hatte. Diese Rechtsprechung ist jüngst im Fall *Asiedu* ([2015] EWCA Crim 714) bestätigt worden, in dem das Gericht ausführte, dass ein Angeklagter, der durch ein eindeutiges und bewusstes Schuldbekennnis Tatsachen eingeräumt hat, die einen Straftatbestand erfüllen, in der Regel nicht gegen die Verurteilung vorgehen kann, da an einer auf seinem eigenen freiwilligen Geständnis in öffentlicher Verhandlung beruhenden Verurteilung nichts Gefährliches besteht.

Nunmehr haben die Gerichte von England und Wales jedoch entschieden, dass der Berufungsführer in bestimmten Fällen trotz seines Schuldbekennnisses berechtigt ist geltend zu machen, seine Verurteilung sei nicht zuverlässig. Eine Analyse der Rechtsprechung

erster Instanz, die vor dem *Crown Court* gefällt werden, von einem Geschworenengericht entschieden werden, das nicht verpflichtet ist, sein Urteil zu begründen, und sich darauf beschränkt, die Schuld oder Unschuld des Angeklagten festzustellen, wobei zehn von zwölf Stimmen erforderlich sind (siehe *Juries Act* von 1976).

erlaubt es, drei große Fallgruppen zu identifizieren, die es dem Angeklagten, der sich auf eine Verständigung eingelassen hat, ermöglichen, seine Verurteilung anzufechten: i) Mangel des Einverständnisses Angeklagten; ii) Verfahrensmisbrauch (*abuse of process*) aufgrund des Bestehens eines Hindernisses für die Strafverfolgung des Angeklagten; iii) Nichtbegehung der Tat durch den Angeklagten (*Tredget* [2022] EWCA Crim 108¹⁹⁹).

i) Die Fallsammlung der Berufungsgerichte in England und Wales zu Mangel bei dem Einverständnis des Angeklagten, der sich auf eine Verständigung eingelassen hat, ist seit jeher ebenso reichhaltig wie überraschend. So wurde etwa im Fall *Swain* ([1986] Crim L.R. 480) die Verurteilung auf der Grundlage von Beweismitteln aufgehoben, die den Schluss zuließen, dass zum Zeitpunkt des Schuldbekenntnisses ein "sehr reales" Risiko bestand, der Angeklagte sei von einem durch LSD verursachten Delirium beeinflusst gewesen, das sich noch für eine (kurze) Zeit danach fortgesetzt habe. Im Fall *Inss* ([1974] 60 Cr. App. R. 231) stellte das Berufungsgericht fest, dass "wenn sich der Angeklagte unter Druck und Drohungen schuldig bekennt, er dies nicht frei tut und das Verfahren ohne eine ordnungsgemäße Aussage beginnt. Alles, was danach folgt [...], ist nichtig" (freie Übersetzung).

199 In diesem speziellen Fall hob das Berufungsgericht von England und Wales ein Urteil gegen einen Angeklagten auf, der seine Schuld gestanden hatte, da dessen psychisch labiler Zustand die Unzuverlässigkeit seines Geständnisses begründete und im Berufungsverfahren neue Beweise vorgelegt wurden (die die Ursache, der dem Angeklagten zur Last gelegten Brände, in Frage stellten).

Dieser Druck kann sogar vom Richter ausgehen (und hier muss betont werden, dass es die Aufgabe des Strafverteidigers war, dies zu verhindern). Ein aktuelles Beispiel ist der Fall *Nightingale* ([2013] EWCA Crim 405), in dem das Gericht die Verständigung für nichtig erklärte:

“Die Frage ist, ob das Eingreifen des Richters und ihre daraus resultierenden Auswirkungen auf den Angeklagten, nachdem er den Rat seiner Rechtsberater auf der Grundlage ihrer fachlichen Einschätzung der Auswirkungen der Äußerungen des Richters berücksichtigt hatte, einen zusätzlichen unangemessenen Druck auf den Angeklagten ausgeübt und den entsprechenden Raum seiner Entscheidungsfreiheit eingeschränkt haben.”

Im Fall *AB* ([2021] EWCA Crim 2003) hob das Berufungsgericht das Urteil nach Verständigung wegen fünfzehn Straftaten auf und ordnete eine neue Verhandlung an, wobei es nicht nur den Richter, sondern auch die Anwälte dafür verantwortlich machte, “unangemessenen Druck” ausgeübt und “ihnen die freie Entscheidung über ein Schuldbekennnis genommen” zu haben (freie Übersetzung).

Die Verurteilung kann aufgehoben werden, wenn die Verständigung aufgrund einer falschen Rechtsberatung erteilt wurde. In diesem Sinne das Urteil im Fall *Saik* ([2004] EWCA Crim 2936):

“Damit eine Berufung gegen das Urteil mit der Begründung erfolgreich ist, dass das Schuldbekennnis aufgrund einer fehlerhaften Beratung erfolgte, müssen die Tatsachen unserer Meinung nach so stichhaltig sein, dass sie belegen, dass das Schulderklärung kein echtes Schuldbekennnis war. Die Beratung muss den Kern der

Vereinbarung betreffen, sodass [...] die Vereinbarung, wenn sie nicht frei war, für nichtig erklärt würde.”

Das Berufungsgericht für Strafsachen von England und Wales hat festgestellt, dass eine Berufung erfolgreich sein kann, wenn das Urteil nach Verständigung durch eine fehlerhafte Rechtsberatung oder das Fehlen einer Beratung hinsichtlich einer möglichen Verteidigung beeinträchtigt wurde, da dies eine Verletzung des Rechts des Angeklagten auf Verteidigung darstellen würde, was im Falle einer erfolgreichen Verteidigung eine “offensichtliche Ungerechtigkeit” darstellen würde (erneut der bereits zitierte Fall *Boal; Kakei* ([2021] EWCA Crim 503). Dieser Ansatz wurde vom Berufungsgericht konsequent vertreten. So erklärte das Gericht im Fall *McCarthy* ([2015] EWCA Crim 1185), dass es “alles andere als sicher ist, dass der Berufungskläger, als er sich des vorsätzlichen Körperverletzungsdelikts schuldig bekannte, die Tatbestandsmerkmale der Straftat verstanden hat. In diesem Sinne war seine Wahlfreiheit eingeschränkt”.

Im Fall *Whatmore* ([1999] Crim. L.R. 87) hob das Gericht die Verurteilungen mit der Begründung auf, dass der Berufungskläger eine falsche Rechtsberatung erhalten hatte, auf die er sich verlassen hatte, was die Unsicherheit der Verurteilungen begründete. In diesem Fall hatte sich der Angeklagte wegen zweier Sexualdelikte an seiner Tochter schuldig bekannt, nachdem er fälschlicherweise der Meinung verleitet worden war, dass diese Anschuldigungen nicht in die Beweisführung eines anderen Verfahrens einfließen würden, was jedoch nicht der Fall war. In den Worten des Urteils:

“[...] Der Angeklagte gab seine Schuld nicht zu und erklärte sich damit einverstanden, dass die

Anschuldigungen seiner Tochter nicht Teil des Verfahrens werden würden, und er war tatsächlich bereit, eine Strafe zu akzeptieren, die er bereits verbüßt hatte, im Austausch dafür, dass er sich mit etwas Verständig erklärte, das er nicht zugab. Unter diesen Umständen kann unserer Meinung nach nicht gesagt werden, dass die Verständigungsvereinbarungen sind” (eigene Übersetzung).

Es gab auch Fälle, in denen das Berufungsgericht das Urteil aufgehoben hat, weil eine Bemerkung des Richters ausschlaggebend dafür war, dass sich der Angeklagte schuldig bekannte, obwohl klar war, dass er *a priori* über eine gute Verteidigung verfügte, insbesondere die, die das innerstaatliche Recht Opfern von Menschenhandel bietet²⁰⁰ (siehe beispielsweise das Urteil im Fall *BWM* [2022] (EWCA Crim 924)).

Im Fall *BYA* ([2022] EWCA Crim 1326) hob das Berufungsgericht die von der Angeklagten zuvor akzeptierte Verurteilung ebenfalls aus einem doppelten Grund auf, dessen gemeinsamer Nenner die in der Vorinstanz nicht untersuchte Eigenschaft der Angeklagten als Opfer von Menschenhandel war. In der Tat erklärte die Angeklagte in diesem Fall erstmals im Berufungsverfahren, sie könne sich nicht erinnern, zu “irgendetwas im Zusammenhang mit Menschenhandel oder dem Gesetz über moderne Sklaverei” beraten worden zu sein, und sie sei sich der Möglichkeit einer Berufung nicht bewusst gewesen, bis sie an einen

200 Artikel 45 des Gesetzes über moderne Sklaverei (Modern Slavery Act) von 2015 bietet eine spezifische Verteidigung für Opfer von Sklaverei oder Menschenhandel, die bestimmte Straftaten unter Zwang begehen, der auf “relevante” Sklaverei oder Ausbeutung zurückzuführen ist.

spezialisierten Rechtsanwalt verwiesen worden sei. Ihre neue Verteidigung machte geltend, dass die Angeklagte Opfer von Menschenhandel gewesen sei, diese Eigenschaft jedoch von der Staatsanwaltschaft und der Polizei ignoriert worden oder unbemerkt geblieben sei; zudem seien keine Maßnahmen –oder jedenfalls keine ausreichenden– ergriffen worden, um die offenbar deutlichen Anzeichen von Menschenhandel zu untersuchen. Dies habe dazu geführt, dass sich die Angeklagte schuldig bekannte, ohne dass die Möglichkeit geprüft worden sei, ihr den Status eines Opfers von Menschenhandel zuzuerkennen. Nach Auffassung der Verteidigung hätte die Staatsanwaltschaft keine Anklage erhoben, wenn ihr die vollständige Vorgeschichte und der Kontext, in dem die Tat begangen worden sei, bekannt gewesen wären.²⁰¹ Das Gericht erkannte an, dass die Geschwindigkeit, mit der das Strafverfahren gegen die Angeklagte betrieben worden war, den Schluss zulässt, dass nicht einmal die Möglichkeit bestand, ihre potenzielle Eigenschaft als Opfer von Menschenhandel zu untersuchen. Nach Auffassung des Berufungsgerichts ist die Frage, ob bei Kenntnis aller Umstände ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung bestanden hätte, eine ausgesprochen sensible, die mit größtmöglicher Sensibilität hätte behandelt werden müssen. Zwar legte das Gericht den Schwerpunkt auf das Verhalten der Anklage, doch die andere Seite der Medaille, die Verteidigung, die die Verteidigungslinie, welche das Gesetz über moderne Sklaverei eröffnete, hätte prüfen müssen und können, handelte unwirksam und trug zur Verurteilung der Angeklagten bei.

201 In dieser Hinsicht gilt, wie leicht zu erkennen ist, das Opportunitätsprinzip.

ii) Fälle von Verfahrensmissbrauch (*abuse of process*) hängen hingegen nicht von den Umständen ab, unter denen die Verständigungsvereinbarung erzielt wurde, oder davon, ob der Angeklagte schuldig ist oder nicht, sondern treten auf, wenn ein Hindernis für die Strafverfolgung des Angeklagten vorliegt.

Es handelt sich dabei größtenteils um sehr spezielle Fälle aus dem angelsächsischen Rechtssystem, die für meine Vergleichszwecke nicht von Interesse sind, außer in den Fällen, in denen eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren (Artikel 6.1 der Europäischen Menschenrechtskonvention) in einer seiner Dimensionen (Recht auf einen unparteiischen Richter usw.) festgestellt wird. In solchen Fällen muss der Angeklagte keinen konkreten Schaden nachweisen (siehe die Urteile in den Rechtssachen *Ilyas Hanif* ([2014] EWCA Crim 1678) und *Abdroikov* ([2007] UKHL 37).

iii) Schließlich ist es in England und Wales möglich, gegen Urteile nach Verständigung Berufung einzulegen, wenn festgestellt wird, dass der Angeklagte die Straftat tatsächlich nicht begangen hat.

In diesen Fällen muss nachgewiesen werden, dass der Berufungskläger nicht schuldig ist, was logischerweise einen sehr hohen Standard darstellt. Es geht nicht um Zweifel, sondern um Gewissheiten. So wurde im Fall *Verney* ([1909] 2 Cr. App. R. 107) festgestellt, dass sich der Berufungskläger am Tag der Tat, für die er als Täter verurteilt worden war, im Gefängnis befand, und im Fall *Jones* ([2019] EWCA Crim 1059) entlastete ein DNA-Beweis den Berufungskläger, der ursprünglich durch Verständigung verurteilt wurde, vollständig.

In Spanien würde eine in der Theorie als Kompromiss zu bezeichnende Zwischenlösung, die in der Praxis jedoch

nicht anwendbar wäre, sich an den US-amerikanischen Bundesstrafprozessordnung²⁰² (*Federal Rules of Criminal Procedure*) orientieren und die Möglichkeit zulassen, dass der Angeklagte sich unter Vorbehalt schuldig bekennt (*conditional guilty plea*)²⁰³ und sich schriftlich das Recht vorbehält, gegen die unzulässige Ablehnung eines Antrags, wie im vorliegenden Fall den Antrag auf Unterdrückung von Beweismitteln, Berufung einzulegen. Da dieses bedingte Geständnis jedoch mit Zustimmung des Gerichts und der Staatsanwaltschaft erfolgen muss, wäre diese rechtliche Möglichkeit zumindest in Spanien nicht wirklich umsetzbar. Kein Vertreter der Staatsanwaltschaft würde eine solche Bedingung akzeptieren.

Das Königreich Spanien ist aufgefordert, den auffälligen Widerspruch zu vermeiden, den DEL MORAL GARCÍA²⁰⁴ in den USA²⁰⁵ beobachtet hat: "Zuerst wird ein kompliziertes, langsames Verfahrenssystem aufgebaut,

202 Konkret die Regel 11 (a) (2) der *Federal Rules of Criminal Procedure*.

203 Zu diesem Thema siehe FIDALGO GALLARDO, C., *Las "pruebas ilegales": de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, S. 426-428.

204 DEL MORAL GARCÍA, A., "Verdad y Justicia Penal", *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre deontología*, Vol. I. Universidad Católica de San Antonio, Murcia, 2003, S. 544-545.

205 Zum Einfluss bzw. Einzug der aus den USA stammenden ausgehandelten Strafjustiz in europäischen Ländern siehe SCHÜNEMANN, B., *Crisis del procedimiento penal (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)*, Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991, S. 49 ff

das durch höchste Skrupel hinsichtlich der Garantien belastet ist, und es wird ein echtes und gut entwickeltes Recht auf ein faires Verfahren geschaffen. Und dann stellt man fest, dass es gesellschaftlich unerträglich wäre, wenn alle Bürger, die eines Verbrechens angeklagt sind, diese so nachdrücklich verkündete und sorgfältig geschützten Rechte einfordern würden, und man erfindet Techniken und Strategien, um zu erreichen, dass die meisten Angeklagten “freiwillig” auf diese Rechte verzichten. Dazu muss man ihnen etwas anbieten: Der Staat bietet ihnen Strafmilderungen an”.

PIZZI²⁰⁶ verweist ebenfalls auf die systematische Vermeidung von Gerichtsverfahren in den USA und betrachtet dies als Zeichen der Schwäche des dortigen Prozesssystems, das auf außergerichtlichen Verhandlungen über Urteile basiert, wobei nur gelegentlich ein Fall vor Gericht kommt. Weiter unten kommt der Autor mit dem für ihn charakteristischen beschreibenden Realismus zu dem Schluss, dass “das US-amerikanische Strafverfahrenssystem dazu gezwungen ist, den salomonischen Weg zu gehen, ‘das Kind in zwei Teile zu teilen’, und dies immer wieder tun wird, um eine Gerichtsverhandlung zu vermeiden, selbst wenn die tatsächlich verhängten Strafen nur einen entfernten Bezug zu der oder den begangenen Straftaten haben und das Urteil für das, was tatsächlich getan wurde, völlig unangemessen ist”.

Die Neigung zu außergerichtlichen Verhandlungen gegenüber der Wahrheitsfindung ist in den USA

206 PIZZI, W.T., *Juicios y mentiras. Crónica de la crisis del sistema procesal penal estadounidense*, Tecnos, Madrid, 2004 (Einführende Studie, Übersetzung und Anmerkungen zur spanischen Ausgabe von FIDALGO GALLARDO), S. 102-104.

so ausgeprägt, dass es sogar sogenannte “*Alford*-Vereinbarungen” gibt, die ihren Namen dem Urteil des Obersten Gerichtshofs der Vereinigten Staaten im Fall *Alford*²⁰⁷ verdanken und in anderen Rechtssystemen ihresgleichen suchen, da sie ein ausgehandeltes Schuldbekenntnis der Angeklagten ermöglichen, wobei diese jedoch weiterhin ihre Unschuld beteuern.

Es sei jedoch darauf hingewiesen, dass nach GASCÓN INCHAUSTI,²⁰⁸ abgesehen von Ausnahmen und im Gegensatz zur spanischen Rechtsordnung, ein *guilty plea* zwar ein Schuldbekenntnis, jedoch keine Zustimmung zur geforderten Strafe darstellt: Es handelt sich um ein reines Schuldbekenntnis, das keine Strafe umfasst, da in der Verfahrensphase, in der es erfolgt, noch niemand eine konkrete Strafe für den Angeklagten beantragt hat.²⁰⁹

Zwar ist es zutreffend, dass Verständigungen notwendig sind und in vielen Fällen sogar Vorteile für den Staat mit sich bringen, der dadurch bei der Ahndung von Straftaten effizient handelt, ebenso wie für die Rechtssuchenden (Opfer und Beschuldigte), die eine sekundäre Viktimisierung vermeiden oder ohne Risikoübernahme eine vorteilhaftere Vereinbarung erlangen; ebenso wenig lässt sich jedoch verkennen, dass es eine Dunkelziffer unschuldigerweise Verurteilten

207 Vereinigte Staaten von Amerika gegen *Alford*, 400 U.S. 25 (1970).

208 GASCÓN INCHAUSTI, F., “Justicia penal negociada...”, *op. cit.*

209 Zu den extrem hohen Zahlen der Verständigungen vor US-Gerichten siehe JIMENO BULNES, M., “El proceso penal en los sistemas del *common law* y *civil law*: los modelos acusatorio e inquisitivo en pleno siglo XXI”, *Justicia*, 2013, Nr. 2, S. 302-304 (insbesondere Fußnote 238).

gibt, die aus ganz unterschiedlichen und vielfältigen Gründen über den Weg der Verständigung verurteilt wurden. Ich beabsichtige keineswegs –*sit venia verbo*–, das Unmögliche zu verlangen, sondern vielmehr, in begrenztem Umfang zu verhindern, dass Urteile nach Verständigung durch Verteidiger herbeigeführt werden, die diese Lösung aus Gründen der eigenen Bequemlichkeit empfehlen, ohne sich mit der Sache auseinanderzusetzen, oder –*sic et simpliciter*– weil es ihnen an der fachlichen Qualifikation fehlt, das Vorliegen belastender Beweise zu prüfen und eine Risikoabwägung vorzunehmen, und sie sich daher für den einfachsten Weg (die Verständigung) entscheiden, der im Übrigen häufig auch vom Beschuldigten begrüßt wird, da er eine spürbare Strafmilderung bedeutet, ebenso wie von den institutionellen Akteuren des Strafverfahrens (Richter und Staatsanwälte), deren Arbeitsüberlastung oftmals – von redlichen und ehrenwerten Ausnahmen abgesehen – dazu führt, dass sie Verständigungsvereinbarungen mit besonderer Sympathie betrachten und diese sogar fördern. *De lege lata* ließe sich die geschilderte Problematik zumindest teilweise dadurch abmildern, dass die Rechtsanwaltskammern das Bewusstsein der Anwälte für die Notwendigkeit schärfen, vor dem Abschluss einer Verständigungsvereinbarung einen Katalog einfacher und elementarer Maßnahmen zu beachten, der – ohne Anspruch auf Vollständigkeit– etwa Folgendes umfassen könnte: die Beschaffung einer vollständigen Aktenkopie;²¹⁰ deren sorgfältige Durcharbeitung; die

210 Die Einführung der elektronischen Gerichtsakte zeigt, dass es Anwälte gibt, die entweder erst wenige Tage vor Beginn der Hauptverhandlung oder sogar erst während der Verhandlung Zugang zu den Akten erhalten. In anderen Fällen gibt es keine Hinweise darauf, dass der Zugang überhaupt nicht stattgefunden hat.

Erstellung einer schriftlichen Risikoanalyse,²¹¹ die auch die mögliche Nichtigkeit belastender Beweismittel wegen verfassungswidriger Beweiserhebung (Art. 11 Abs. 1 LOPJ)²¹² einschließt; Verhandlungen mit den Anklagevertretern zumindest einige Tage vor

211 Diese Vorgehensweise würde außerdem verhindern, dass über dem Anwalt, der eine Verständigung empfiehlt, der Verdacht schwebt, er habe die Verständigung nur aus Bequemlichkeit empfohlen. Es kommt sehr häufig vor, dass Angeklagte, die einer Verständigung zugestimmt haben, einen anderen Anwalt aufsuchen, um eine (unbegründete) Berufung gegen die Verständigung einzulegen, unter dem Vorwand, ihr Anwalt habe den Fall nicht gekannt oder sie nicht darüber informiert, warum er ihnen empfohlen habe, einer Verständigung zuzustimmen.

212 Die Anwaltskammern sollten darauf bestehen, dass es notwendig und sinnvoll ist, dass die Anwälte auf der Ausschließung von Beweismitteln bestehen, die direkt oder indirekt unter Verletzung von Grundrechten erlangt wurden. Zu diesem Zweck sollten die Anwälte angesichts der (unerklärlichen) weit verbreiteten Überzeugung, dass der geeignete Zeitpunkt im Verfahren derjenige gemäß Artikel 786.2 LECrim ist, d. h. zu Beginn der Hauptverhandlung, als Vorfrage, sollten sich die Anwälte bewusst machen, dass die Ausschlussregelung des Artikels 11.1 LOPJ verbietet, dass unrechtmäßig erlangte Beweise Wirkung entfalten, d. h. es handelt sich nicht um ein Verbot der Beweiswürdigung im Prozess, sondern um das Entfalten jeglicher prozessualer Wirkung. Und die Erlangung des Status eines Beschuldigten ist eine Wirkung, das Erleiden von Vorsichtsmaßnahmen ist eine weitere Wirkung, ebenso wie die Unterwerfung unter ein Strafverfahren (im weiteren Sinne, d. h. einschließlich der Fortsetzung der Vorermittlung durch das abgekürzte Verfahren). Artikel 11.1 LOPJ ist in sich geschlossen und in jedem Verfahren unmittelbar anwendbar, aber wenn man so will, stützt Artikel 287.1 LEC, der ergänzend Anwendung findet, diese These. Zu dieser Frage siehe ausführlich CAMPANER MUÑOZ, J., *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2. Auflage, 2021, S. 224-228.

dem anberaumten Hauptverhandlungstermin, um die Chancen einer vertieften Aktenprüfung und damit einer außerprozessualen Diskussion zu erhöhen; sowie schließlich die notwendige Reflexion sowohl der Verteidiger als auch der Rechtssuchenden, die allzu häufig gezwungen sind, über ihr Leben und ihr Vermögen innerhalb von Sekunden oder Minuten bereits in unmittelbarer Nähe des Sitzungssaals zu entscheiden. Letztlich handelt es sich hierbei jedoch um eine Frage der Eigenverantwortung.

Als exemplarisches Beispiel mag der in dem Urteil der Strafkammer der *Audiencia Nacional* (3. Sektion) Nr. 36/2018 vom 18. Oktober entschiedene Fall dienen. In einem Geflecht angeblicher Täter russischer Staatsangehörigkeit, die vermeintlich Geldwäsche betrieben haben sollen, bekannten sich mehrere der Angeklagten zu ihrer strafrechtlichen Verantwortlichkeit und erklärten sich mit herabgesetzten Strafen einverstanden, während einige wenige Angeklagte im Rahmen der Hauptverhandlung ihre Unschuld aufrechterhielten. Das Gericht traf eine ungewöhnliche, zugleich aber mutige und stringente Entscheidung: Es sprach sämtliche Angeklagten frei (mithin auch diejenigen, die sich verständigt hatten), da allein die russische Staatsangehörigkeit und die Durchführung wirtschaftlich wenig orthodoxer Transaktionen nicht genügten, um den Tatbestand der angeklagten Straftat als verwirklicht anzusehen. Diese Entscheidung stellt jedoch bedauerlicherweise eine Ausnahme in der täglichen Praxis der Strafgerichte dar; zudem trug die Weigerung mehrerer Angeklagter, irgendeine Schuld einzugestehen, maßgeblich dazu bei, dass das Gericht trotz der Geständnisse zahlreicher Angeklagter eine eingehende Prüfung der Beweise und der Tatbestandsmäßigkeit vornahm.

In einem noch jüngeren Fall, nämlich dem in der STS 821/2023 vom 10. November behandelten, ließ das oberste Gericht ganz selbstverständlich die Durchführung eines Wiederaufnahmeverfahrens nach Art. 954 LECrim zu, obwohl sich der Angeklagte angesichts seiner prekären wirtschaftlichen Lage als Täter eines Delikts gegen die Verkehrssicherheit (Fahren ohne behördliche Erlaubnis) verständigt hatte. Das Gericht hob seine Verurteilung auf, nachdem nachgewiesen worden war, dass er tatsächlich im Besitz einer Erlaubnis war, die abgelaufen war, sodass sein Verhalten lediglich eine Ordnungswidrigkeit darstellte.

Bereits CARNELUTTI warnte: “Es wäre schlimm, wenn sich der Richter mit folgendem Gedankengang begnügen würde: Der Angeklagte hat gestanden, getötet zu haben. Also hat er getötet.”²¹³ Er warnte davor, weil die Erfahrung zeigte –und weiterhin zeigt–, dass es Fälle gibt, in denen ein Mensch eine Straftat gesteht, die er nicht begangen hat. ROXIN wiederum hob zutreffend hervor, dass das Gericht zwar dem Geständnis des Beschuldigten eher Glauben schenken kann als den Aussagen möglicher Belastungszeugen, dass ein Geständnis jedoch kein sicheres Ergebnis darstellt und aus ganz unterschiedlichen Gründen falsch sein kann, etwa aus dem Wunsch heraus, ins Gefängnis zu gehen, sich ein Alibi gegenüber einer schwerwiegenderen Beschuldigung zu verschaffen oder den wahren Täter zu decken.²¹⁴ Jüngeren Datums haben GASCÓN und

213 CARNELUTTI, F., *Las miserias del proceso penal*, Librería EL FORO (Reihe Klassiker des Rechts), Buenos Aires, 2006 (Übers. von N. VÁZQUEZ), S. 50.

214 ROXIN, C., *Strafverfahrensrecht*, C.H. Beck, München, 1995, S. 92-93.

LASCURAÍN²¹⁵ als Hauptgründe dafür, dass sich ein Unschuldiger verständigt, die Vermeidung des Risikos einer schwereren Verurteilung, die Kosten des Verfahrens (einschließlich reputationsbezogener Kosten) sowie Belastungen für Dritte benannt.²¹⁶

Wenn man dazu noch bedenkt, dass das Geständnis des Beschuldigten die *Regina probatorum* des für das Antike Regime typischen Inquisitionsverfahrens war, das zudem in der Regel mit Folter einherging,²¹⁷ ist es nicht verwunderlich, dass der ursprüngliche Wortlaut des ersten Absatzes von Artikel 406 LECrim eindeutig festlegt, dass “das Geständnis des Angeklagten den

215 GASCÓN INCHAUSTI, F. und LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., “¿Por qué se conforman los inocentes?”, *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, N. 3/2018.

216 Nach Ansicht dieser Autoren, der ich mich voll und ganz anschließe, kann der Vorteil “für den Ruf und den guten Geschäftsgang des Unternehmens liegen, das von demjenigen geleitet wird, der sich damit abfindet und der in der öffentlichen Meinung mit ihm identifiziert wird und der möglicherweise nicht angeklagt wird. Angesichts der Kosten für den Ruf des Unternehmens, die ein langwieriger Strafprozess mit sich bringen kann, der durch die öffentliche Debatte angeheizt wird, kann eine Verständigung sinnvoll sein, die den Prozess verkürzt und die negative Medienresonanz mindert, welche den Betrieb des Unternehmens oder seinen Börsenkurs beeinträchtigt” (S. 19). In der Praxis ist es insbesondere bei Verfahren wegen Korruptionsdelikten oder Straftaten gegen die öffentliche Gesundheit nicht ungewöhnlich, dass die Staatsanwaltschaft Anklage gegen die Ehefrau des Hauptangeklagten erhebt, um dessen Verständigung im Austausch für den Freispruch der Ehefrau zu erlangen.

217 Zu diesem Thema siehe DE CASTRO, P., *Defensa de la tortura y leyes patrias que la establecieron: e impugnación* [sic.] *del Tratado que escribió contra ella el Doctor Alfonso María de Acevedo*, Miguel Escribano, Madrid, 1778, herausgegeben von Maxtor, Valladolid, 2009.

Untersuchungsrichter nicht davon entbindet, alle notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um sich von der Wahrheit des Geständnisses und der Existenz der Straftat zu überzeugen”.²¹⁸ Ebenso bestimmt Art. 820 LECrim, der sich auf das besondere Verfahren für mittels der Presse begangene Straftaten bezieht, dass “das Geständnis eines vermeintlichen Täters nicht ausreicht, um ihn als solchen anzusehen und um das Verfahren nicht gegen andere Personen zu richten, wenn sich aus dessen Umständen oder aus den Umständen der Tat

218 Hunderte von Jahren später hält unser (frustrierter) Vorläufer des Gesetzgebers die genannte Auffassung vom Geständnis des Angeklagten aufrecht, seitdem in Artikel 322 Absatz 3 A LECrim 2020 vorgeschlagen wurde, dass „sofern kein Antrag auf Erlass eines Urteils nach Verständigung gemäß den Bestimmungen dieses Gesetzes gestellt wird, nicht von der Durchführung aller erforderlichen Maßnahmen zur Überprüfung des Vorliegens einer Straftat und der Beteiligung der untersuchten Person daran absehen darf”.

Eine ähnliche Formulierung enthielt Artikel 269 Absatz 2 BACPP 2013, als er erklärte, dass das Geständnis “den Staatsanwalt nicht davon entbindet, alle notwendigen Schritte zu unternehmen, um das Vorliegen der Straftat und die Beteiligung des Angeklagten zu überprüfen”, unbeschadet dessen, dass der Staatsanwalt während der Ermittlungen zu dem Schluss kommen kann, dass mit dem Geständnis und der sofortigen Verständigung des Angeklagten (mit der daraus folgenden Strafminderung um ein Drittel gemäß Artikel 270.3.3^a) “die Straftat im Interesse der Gerechtigkeit hinreichend aufgeklärt ist”.

In Bezug auf den geltenden Artikel 406 LECrim hat das Urteil STS 651/2014 vom 7. Oktober festgestellt, dass “*es sich bekanntlich um eine Bestimmung handelt, die verhindern soll, dass eine Person für eine Straftat bestraft wird, deren tatsächlicher Sachverhalt nicht bewiesen ist*”. Dies wurde auch von verschiedenen Provinzgerichten so ausgelegt. Siehe beispielsweise das Urteil des Provinzgerichts Málaga (1. Sektion) 491/2021 vom 11. November oder das Urteil des Provinzgerichts Valencia (4. Sektion) 363/2021 vom 7. Juni.

hinreichende Anhaltspunkte ergeben, um zu glauben, dass der Geständige nicht der tatsächliche Urheber der veröffentlichten Schrift oder Abbildung war”.

Die herrschende Doktrin hat verstanden, dass der Zweck dieser Vorschriften kein anderer ist, als eine Überbewertung des Geständnisses im Strafverfahren zu vermeiden; folglich wird dazu angehalten, die Ermittlungstätigkeit des Untersuchungsrichters über die bloße Erlangung eines Geständnisses hinaus auszurichten.²¹⁹ In der Praxis verläuft das Geschehen jedoch vielfach ganz anders, indem sich das Untersuchungsorgan –ebenso wie die Staatsanwaltschaft– mit dem bloßen Geständnis des Beschuldigten begnügt.²²⁰

In diesem Sinne bewegt sich gewissermaßen auch das Sondervotum der Richterin CASAS BAAMONDE zur

219 Auch wenn sie sich auf die Hauptverhandlung beziehen, ist es angebracht, hier die Worte von VÁZQUEZ SOTELO, J.L., *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1984, S. 11, anzuführen: “Nie ist das Gewissen eines Richters so beruhigt wie dann, wenn er sein Urteil über die Realität von strafbaren Handlungen fällt, die vom Adressaten der strafrechtlichen Sanktion selbst anerkannt und zugegeben werden”.

Zu Artikel 820 LECrim, siehe SÁNCHEZ MELGAR, J., “Título V. Del procedimiento por delitos cometidos por medio de la imprenta, el grabado u otro medio mecánico de publicación”, *Enjuiciamiento Criminal. Comentarios y Jurisprudencia*, (Koord. SÁNCHEZ MELGAR, J.), Band II, Sepín, Madrid, 2010, S. 2960-2961, der bestätigt, dass es sich um eine Vorschrift handelt, die in Übereinstimmung mit den Bestimmungen von Artikel 406 LECrim Richtern und Gerichten als Leitfaden für ihre Beweiswürdigung dient, sodass ein bloßes Geständnis allein keine Verurteilung rechtfertigt, “wenn sich aus den übrigen Umständen das Gegenteil ergibt”

220 Siehe zum Beispiel ASECIO MELLADO, J.M., *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989, S. 133.

STC 56/2009 vom 9. März: “Auch unserer Rechtsprechung zum Grundrecht auf die Unschuldsvermutung ist es nicht fremd, dass die Untersuchung von Sachverhalten, die strafbares Verhalten darstellen könnten, nicht beim bequemen Ausweg des potenziell interessengeleiteten Zeugnisses der Beteiligten stehen bleiben darf, sondern beharrlich auf die sorgfältige Ermittlung objektiver Daten hinwirken muss, die zu ihrer Feststellung dienen.”

Besonders instruktiv ist die STS 193/2008 vom 30. April, wenn sie ausführt:

“(…) das Geständnis war in der Tat *regina probatorum*, jedoch nur im Strafverfahren des *ancien régime*, das heißt im inquisitorischen und generell im inquisitiven Verfahren, in denen –wie bekannt– dieses Beweismittel in Verbindung mit der Folter eingesetzt wurde. Aus diesem Grund wird es zu Recht als eigentliche Grundlage sämtlicher Missbräuche jener dunklen Epoche angesehen. So sehr, dass man mit Recht von den ‚Gräueln und Irrtümern‘ dieses Beweismittels als Ursache sprechen konnte. Und es ist bekannt, dass gerade die Erkenntnis dieses Ergebnisses –nur mühsam und dank der Anstrengungen des aufgeklärten Denkens– das Bewusstsein erschütterte, die Sensibilitäten veränderte und jene öffentliche Meinung hervorbrachte, die schließlich zur Überwindung eines derart barbarischen prozessualen Zustands führte. In diesem Zusammenhang bestand der Wandel aus der Abschaffung der Folter, der Entthronung des Geständnisses unter Verlust jenes prächtigen Privilegs, sowie aus der Verankerung des Grundsatzes *nemo tenetur se detegere*, also des Rechts des Beschuldigten, nicht auszusagen, insbesondere nicht gegen sich selbst. Damit wurde seine Aussage eher zu einem (optionalen) Verteidigungsmittel. Und sein Geständnis zu einem möglichen Beweis, nicht mehr

privilegiert, sondern streng unter Verdacht gestellt. Dies belegt die Regelung des Art. 406 LECrim, der bei Vorliegen einer selbstbelastenden Erklärung des Beschuldigten den Richter verpflichtet, die notwendigen Ermittlungsmaßnahmen durchzuführen, um sich von der Wahrheit zu überzeugen, da diese Erklärung für sich genommen nicht verlässlich wäre.”

Es kommt jedoch vor, dass ein Teil der Rechtslehre der Ansicht ist, dass, wenn es unmöglich ist Daten zu erhalten, die die Aussagen des Beschuldigten bestätigen, und der Richter oder das Gericht seine Version für glaubwürdig hält, nichts daran hindert, ihre Beweiskraft anzuerkennen und darüber hinaus das selbstbelastende Geständnis als ausreichenden Beweis anzusehen, um die Unschuldsvermutung zu widerlegen.²²¹ DE LA OLIVA SANTOS²²² vertieft diesen Gedanken und argumentiert, dass bei geringfügigen Straftaten (“Bagatellkriminalität”) das Geständnis vor Gericht rational und empirisch als entscheidender Beweis für eine Verurteilung

221 Siehe erneut, für alle, ASECIO MELLADO, J.M., *ibidem*, S. 134; dagegen siehe GARCÍA MUÑOZ, P.L., “Declaraciones de los sometidos al proceso penal en calidad de sospechosos, imputados o acusados”, in *Estudios sobre prueba penal* (Hrsg. ABEL LLUCH, X., und RICHARD GONZÁLEZ, M.), Band II, La Ley, Madrid, 2011, S. 182, der kategorisch der Ansicht ist, dass eine bloße Selbstbelastung ohne weitere Angaben die Beteiligung eines Angeklagten am Strafurteil nicht bestimmen kann, “nicht so sehr wegen eines Mangels an Glaubwürdigkeit der Person des Beschuldigten, sondern wegen eines logischen und unüberwindbaren Mangels an Glaubwürdigkeit der Aussage selbst”.

222 DE LA OLIVA SANTOS, A., “Presunción de inocencia, prueba de cargo y sentencia de conformidad”, in GÓMEZ COLOMER, J.L. (Koord.), *Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Tirant lo Blanch Tratados, Valencia, 2008, S. 73.

gerechtfertigt sein sollte.²²³ Nach Ansicht dieses Autors ist es eine "Erfahrungsregel", dass bei schwerwiegenden Straftaten das Geständnis vor Gericht nicht zuverlässig ist, während bei "Taten von geringerer Bedeutung, die weder sehr schwerwiegend noch schwerwiegend sind", das Gegenteil behauptet werden kann.²²⁴

In jedem Fall muss das Geständnis im Lichte des Kriteriums der freien Beweiswürdigung gemäß Artikel

223 Auf diese Weise wird einerseits das Urteil durch einen echten Beweis (das Geständnis) legitimiert, der dieses "rechtsprozessuale Geschäft" ergänzt, das die Verständigung darstellt (die, wie Prof. DE LA OLIVA zu Recht argumentiert, nicht geeignet ist, die Unschuldsvermutung zu entkräften), und andererseits wird zur Beschleunigung der Strafjustiz beigetragen. Es ginge also darum, eine US-amerikanische Komponente in unser System der Verständigung einzuführen, wobei vom Richter oder Gericht unter anderem verlangt würde, dass es sich, wie beim *guilty plea*, vergewissert, dass eine faktische Grundlage für das Schuldbekennnis vorliegt, wie GASCÓN INCHAUSTI, F., "Justicia penal negociada ...", *op. cit.*, erklärt indem er den Angeklagten auffordert, ihm die Tatsachen zu schildern (im US-amerikanischen Modell erfolgt eine solche Erklärung unter Eid).

224 Das Gleiche könnte der Gesetzgeber von 2002 gedacht haben, als er im Gegensatz zum bereits zitierten Art. 406 LECrim (der beibehalten wurde und weiterhin gültig ist) Art. 779.1.5^a LECrim folgenden Wortlaut gab: "Wenn zu einem beliebigen Zeitpunkt vor [der Fortsetzung der Voruntersuchungen im Rahmen des abgekürzten Verfahrens] der Beschuldigte in Anwesenheit seines Rechtsanwalts die Tatsachen vor Gericht anerkannt hat und diese einen Straftatbestand darstellen, der mit einer Strafe innerhalb der in Artikel 801 vorgesehenen Grenzen geahndet wird [die mit der sogenannten "Bagatellkriminalität" vergleichbar sind], so werden unverzüglich die Staatsanwaltschaft und die beteiligten Parteien vorgeladen, damit sie erklären, ob sie mit Verständigung des Angeklagten eine Anklageschrift einreichen. Ist dies der Fall, leitet er Eilverfahren ein und ordnet die

741 LECrim zusammen mit allen verfügbaren Beweisen bewertet werden, wobei die Rechtsprechung der Zweiten Kammer des Obersten Gerichtshofs²²⁵ in diesem Zusammenhang die Unterscheidung zwischen dem

Fortsetzung des Verfahrens gemäß den in den Artikeln 800 und 801 vorgesehenen Schritten an.

In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass das Gesetz 41/2015 vom 5. Oktober die theoretische Einführung des sogenannten strafrechtlichen “Mahnverfahrens” oder Verfahrens durch “Annahme des Dekrets” in Spanien mit sich brachte, das im Wesentlichen die Umwandlung des Strafvorschlags der Staatsanwaltschaft in ein rechtskräftiges Urteil bei geringfügigen Straftaten ermöglicht, obwohl der Beschuldigte nicht einmal zur Aussage vorgeladen wurde, sondern lediglich vor Gericht erscheinen und den Vorschlag mit Unterstützung eines Rechtsanwalts akzeptieren muss (Artikel 803 bis a/ ff. LECrim). Zu diesem Verfahren siehe ASENCIO MELLADO, J.M., *El proceso por aceptación de decreto*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016; sowie LÓPEZ SIMÓ, F. und CAMPANER MUÑOZ, J., *El proceso por aceptación de decreto o monitorio penal*, Reus, Madrid, 2017.

²²⁵ Ausgehend vom alten Urteil des Obersten Gerichtshofs vom 18. Januar 1989. Siehe die jüngsten Urteile des Obersten Gerichtshofs 290/2010 vom 31. März, 512/2017 vom 5. Juli, 145/2019 vom 14. März oder 357/2023 vom 16. Mai. In den Worten des letztgenannten Urteils:

“Dies wäre der Fall bei den Beweisen, die sich auf das Verstecken der Leiche der Frau und der zu diesem Zweck verwendeten Werkzeuge (Messer und Säge) beziehen, deren Aufteilung in mehrere Indizien künstlich erscheint, sodass sie nur als ein einziger Tatbestand betrachtet werden sollten. Ebenso sind die Blutspuren im Gefrierschrank sind zwar ein wesentlicher Hinweis, um dem Geständnis des Angeklagten über die Tat, die Täterschaft und die Umstände der Zerstückelung Glaubwürdigkeit zu verleihen (Art. 406 LECR belegt die begrenzte Reichweite des Geständnisses, wenn die Existenz der Straftat nicht durch andere Mittel bewiesen wird), tragen jedoch nichts zur Beweisführung der Täterschaft des Todes bei, da diese vom Angeklagten bestritten wird.”

Beweis für das Vorliegen der Straftat (Tatbestand) und dem Beweis für die Täterschaft zu unterscheiden, und zu dem Schluss gekommen, dass nur der erste Beweis nicht ausschließlich durch das Geständnis erbracht werden kann. Nicht umsonst verhindert Artikel 699 LECrim bereits im Plenum die Verständigung des Angeklagten (oder besser gesagt, er entzieht dem im Prozess abgegebenen Geständnis seine Wirksamkeit), selbst wenn es von seinem Verteidiger bestätigt wird, in Fällen, in denen keine Beweise für den Tatbestand vorliegen.²²⁶

V.- Schlussfolgerungen

Das Recht auf anwaltlichen Beistand ist ein unerlässliches Korrelat des allgemeineren Rechts auf Verteidigung (ein Recht mit entgegengesetztem Vorzeichen zum Anklagerecht) und stellt eine der beiden Modalitäten dar –ohne Zweifel die wichtigste–, über die dieses Recht verwirklicht wird. Zwar hat jede Person das Recht, sich in den vom Gesetzgeber vorgesehenen Grenzen selbst zu verteidigen, das heißt, im gegen sie geführten Strafverfahren unmittelbar und persönlich mitzuwirken; allein die sachkundige Verteidigung bzw. die Verteidigung durch einen vom Betroffenen frei gewählten Rechtsanwalt (Wahlverteidigung - Fremdverteidigung) ist jedoch in der Lage, die Fairness des Verfahrens und damit die wirksame Waffengleichheit zu gewährleisten,

²²⁶ In ähnlicher Weise siehe den Wortlaut von Artikel 108.4 BACPP 2013. Interessant ist auch der Wortlaut, der im letzten Absatz von Artikel 172.3 LECrim 2020 vorgeschlagen wurde: “Wenn die akzeptierte Strafe mehr als fünf Jahre Freiheitsentzug beträgt, hört der Richter alle Parteien zu der Frage an, ob zusätzlich zur Anerkennung der Tatsachen weitere begründete Anhaltspunkte für eine Straftat vorliegen”.

da sie als prozessuales *alter ego* des Beschuldigten oder Angeklagten mit den erforderlichen fachlichen Kenntnissen und prozessualen Instrumenten zur Wahrung seiner Grundrechte im Allgemeinen und seiner Freiheit im Besonderen fungiert. Der anwaltliche Beistand bildet somit die Essenz des Verteidigungsrechts und konkretisiert sich durch einen beruflich qualifizierten Vertreter, der der Anklage prozessual und dialektisch entgegengetreten kann.

In Spanien existiert keine Regelung, die die Wirksamkeit des anwaltlichen Beistands garantiert, und es sind (ausdrücklich) keine prozessualen Konsequenzen für eine unbestreitbare Realität vorgesehen: die Unwirksamkeit bestimmten anwaltlichen Beistands im strafrechtlichen Zuständigkeitsbereich, die auf mangelnde Ausbildung, Verantwortungsbewusstsein und Sachkunde des Rechtsanwalts zurückzuführen sind und in der Verteidigungslosigkeit des Angeklagten münden.

Es geht dabei nicht darum, die anwaltliche Tätigkeit retrospektiv oder ergebnisorientiert zu sezieren, um festzustellen, ob sie (un)wirksam war. Es existieren jedoch Mindeststandards beruflicher Kompetenz und prozessualen Handelns, die der Verteidiger nicht unterschreiten darf, da sie die Untergrenze markieren, unterhalb derer sein Tätigwerden den Rechtsuchenden schutzlos lassen oder ihn sogar in einer prozessual "komfortablen" Lage schädigen kann, die lediglich zu erhalten war und nicht durch offenkundig unglückliche Maßnahmen (Fragen, Beweisanträge usw.) verschlechtert werden durfte. In einem solchen Szenario wird der Wesenskern des Verteidigungsrechts aus Gründen beeinträchtigt, die gerade derjenigen Person zuzurechnen sind, deren Aufgabe es paradoxerweise ist, den Angeklagten zu verteidigen. Streng genommen ist das Recht auf anwaltlichen Beistand dann lediglich

formell oder dem äußeren Anschein nach gewährt, materiell jedoch durch das Verhalten des eigenen Rechtsanwalts beschnitten und bis zur Unkenntlichkeit verwässert.

Meines Erachtens gilt es, die Extrempositionen zu vermeiden und ein Gleichgewicht zu finden. Es ist weder vernünftig noch genügt es dem Kerngehalt des Verteidigungsrechts im Allgemeinen und des Rechts auf anwaltlichen Beistand im Besonderen, dass dieses Thema vor spanischen Gerichten tabuisiert wird; ebenso wenig besteht jedoch die Notwendigkeit, das Maß an Kontrolle und –*sit venia verbo*– puritanischer Strenge des US-amerikanischen Modells zu erreichen. Entscheidend ist vielmehr die *ex-ante*-Rationalität eines zumindest hinreichend kompetenten, wirksamen anwaltlichen Beistands.

Es besteht ein strukturelles Ausbildungsproblem, das die mangelnde Sachkunde bestimmter anwaltlicher Verteidigungen im strafrechtlichen Bereich erklärt und vorrangig von den Universitäten und den Rechtsanwaltskammern anzugehen ist. Dieses Problem betrifft Wahlverteidiger ebenso wie Pflichtverteidiger, ungeachtet der Bemühungen der Kammern, für besonders sensible Fälle ein Mindestmaß an Erfahrung und Fortbildung der dem Pflichtverteidigungsdienst zugeordneten Anwälte sicherzustellen.

Solche Situationen würden sich nicht ergeben –oder zumindest deutlich reduzieren–, wenn Maßnahmen ergriffen würden, um das Problem an der Wurzel zu packen, also auf der Ausbildungsebene und durch Anforderung einer Mindestenerfahrung, damit ein Rechtsanwalt befugt ist, außerordentliche Rechtsmittel wie die Revision anzukündigen und zu begründen. Die strenge Regelung in Italien, wo die *avvocati*

cassazionisti aufgrund der nachzuweisenden besonderen Qualifikationen ein unbestreitbares Prestige genießen, steht in scharfem Kontrast zur Flexibilität Spaniens auf diesem Gebiet, wo praktisch jeder Rechtsanwalt –selbst ein frisch zugelassener oder ohne jegliche Erfahrung im strafrechtlichen Zuständigkeitsbereich– Revisionsverfahren vor der Zweiten Kammer des Obersten Gerichtshofs ankündigen und führen kann.

Auch könnte es mildernde Effekte auf die dramatische gegenwärtige Situation haben, wenn sich Spanien an einem System verpflichtender kontinuierlicher Fortbildung wie dem dänischen orientierte, in dem Rechtsanwälte und juristische Assistenten in jedem Dreijahreszeitraum regelmäßig an vierundfünfzig Kursen der “für den juristischen Beruf bedeutsamen obligatorischen Fortbildung” teilnehmen müssen, sofern sie ihre Berufsausübung fortsetzen wollen.

Weder die spanische Rechtslehre noch die Rechtsprechung haben dieser strukturellen Problematik des Strafverfahrens, bestehend in der Erbringung eines unwirksamen anwaltlichen Beistands, Aufmerksamkeit gewidmet. Ebenso wenig haben dies die Universitäten oder die Rechtsanwaltskammern getan.

Das Verfassungsgericht erkennt unumwunden das (vermeintliche) Fehlen einer gesetzlichen Grundlage für die Überwachung der Wirksamkeit des anwaltlichen Beistands an, erklärt jedoch nicht, *weshalb* sich diese Kontrolle auf Angeklagte beschränken sollte, die durch einen Pflichtverteidiger vertreten werden, zumal auch diejenigen, die von einem Wahlverteidiger vertreten sind, Träger derselben Grundrechte sind und der Gleichheitsgrundsatz unter Angeklagten zu gelten hat.

Maßgeblich ist das *Was* (Wirksamkeit oder Unwirksamkeit) und nicht das *Wer* (Pflichtverteidigung oder Wahlverteidigung). Zudem verfällt das Verfassungsgericht, wenn es Pflichtverteidiger mit Prozesskostenhilfe gleichsetzt, in eine Dichotomie, die der geltenden Regelung in keiner Weise entspricht. Pflichtverteidigung und Unentgeltlichkeit sind weder Synonyme noch gleichzusetzen: Das eine ist die zwingende Beiordnung im Verfahren, das andere die Frage, wer die Kosten trägt. Die Prozesskostenhilfe impliziert notwendig die Beiordnung eines Rechtsanwalts und eines Prozessbevollmächtigten von Amts wegen. Die Pflichtverteidigung wegen hingegen impliziert nicht ihre Unentgeltlichkeit, es sei denn, es wird die Mittellosigkeit des Rechtsuchenden nachgewiesen.

Folglich gehört die Gewährleistung der Wirksamkeit des anwaltlichen Beistands zur richterlichen Aufgabe, und es sind keine Differenzierungen nach der Herkunft der Beiordnung des Rechtsanwalts oder nach der Quelle der zur Begleichung seiner Honorare verwendeten Mittel zulässig. Auch der Ursprung des in den Rechtsanwalt gesetzten Vertrauens rechtfertigt keine Unterscheidungen. Dieses Vertrauen wirkt *ad intra* zwischen Mandanten und Anwalt und entfaltet für sich genommen keine prozessuale Relevanz. Die Erfüllung des wesentlichen Kerns des Rechts auf anwaltlichen Beistand wird hingegen *ad extra* gegenüber dem Gericht projiziert und hat daher prozessuale Bedeutung in einem geregelten Rahmen, in dem, wie wir gesehen haben, der Richter oder das Gericht eine Überwachungspflicht hat

Es darf nicht damit verwechselt werden, dass weil die strukturelle, historische und möglicherweise dauerhafte Ungleichheit der Waffen zwischen Verteidigern und Staatsanwälten dem Gericht nicht zuzurechnen ist, es

sich desinteressieren könne, wenn die Unfähigkeit oder fachliche Unterlegenheit des Verteidigers nicht minimal zur Verteidigungsfunktion beiträgt, die er im Verfahren als natürlicher Antagonist und Gegengewicht der Anklage zu erfüllen hat.

Das in dieser Forschungsarbeit untersuchte Problem verschärft sich angesichts der *legislativen Blässe*: Unsere Rechtsordnung kennt weder den Tatbestand eines unwirksamen anwaltlichen Beistands noch regelt sie, wie das Gericht bei deren Feststellung zu verfahren hat, geschweige denn, welche prozessualen Konsequenzen an eine derartige *prozessuale Tragödie* zu knüpfen wären. Die jüngst in Kraft getretene *Ley Orgánica* über das Recht auf Verteidigung stellt eine weitere vertane Gelegenheit dar.

In jüngerer Zeit hat der Zweite Senat des Obersten Gerichtshofs versucht, diese normative Leerstelle durch Rückgriff auf den sogenannten *Strickland*-Standard zu überbrücken, der der Rechtsprechung des *Supreme Court* der Vereinigten Staaten von Amerika entnommen ist. Wie jedoch die beste nordamerikanische Doktrin hervorgehoben hat, eignet sich der *Strickland*-Test lediglich zur Behandlung einer von vier Erscheinungsformen der Unwirksamkeit anwaltlichen Beistands. Diese komplexe und vielgestaltige Problematik allein durch die Linse von *Strickland* zu betrachten, stellt daher eine kurzsichtige und insgesamt höchst unbefriedigende Sichtweise dar.

Während in Spanien und in den übrigen Mitgliedstaaten der Europäischen Union diese Debatte noch nicht eröffnet worden ist, ist es in den Vereinigten Staaten von Amerika äußerst verbreitet, die Überprüfung von Verurteilungen (im weiteren Sinne, also nicht nur im Wege ordentlicher Rechtsmittel) unter Berufung auf die Unwirksamkeit des anwaltlichen Beistands zu beantragen. So sehr trifft dies zu, dass selbst Handbücher des Strafvollzugsrechts

regelmäßig ein eigenes Kapitel der Überprüfung von Verurteilungen auf der Grundlage der berühmten *ineffective assistance of counsel* (IAC) widmen. Und während es in unserer Rechtskultur als unschicklich gelten kann – ja sogar berufsrechtlich sanktioniert werden kann –, wenn ein Anwalt die Arbeit eines anderen Kollegen kritisiert oder ein Schriftsatz gerade auf die Unwirksamkeit des vorherigen Verteidigers gestützt wird, stellen die von der American Bar Association veröffentlichten *Standards for Criminal Justice* in den USA einen echten Anreiz dar, da sie den Rechtsanwalt, der ein Mandat übernimmt, klar und ausdrücklich dazu auffordern, auf eine etwaige Unwirksamkeit des bislang tätigen Anwalts hinzuweisen.

Ein Szenario unwirksamer anwaltlicher Beistand bedeutet eine Verteidigungslosigkeit (*indefensión*) des Rechtsuchenden. Die Frage ist, wie eine derart gravierende Beanstandung in unserem System prozessual zu verorten und zu begründen ist. Um dem Gericht reparierende Instrumente an die Hand zu geben, ist es erforderlich, diese Problematik in die Nichtigkeitsgründe des Artikels 238 LOPJ einzuordnen, konkret in Nr. 3, da dieser die Verteidigungslosigkeit als *conditio sine qua non* vorsieht, obgleich sich dabei eine Schwierigkeit zeigt: Welche wesentliche Verfahrensnorm wäre außer Acht gelassen worden? Eine Auslegung des Artikels 546.1 LOPJ in Verbindung mit Artikel 7 desselben Gesetzes im Lichte des Grundrechts auf anwaltlichen Beistand erlaubt den Schluss, dass in denjenigen Fällen, in denen das Gericht den *Beistand* (im weiten Sinne) eines Rechtsanwalts “in den in der Verfassung festgelegten Formen”, das heißt einen zumindest minimal kompetenten oder wirksamen anwaltlichen Beistand, nicht gewährleistet, der Richter oder das Gericht seine Überwachungspflicht aufgegeben und damit die wesentlichsten Verfahrensnormen außer Acht

gelassen hat. Wie dem auch sei, ohne die Argumentation zu überdehnen oder den Sinn des Artikels 546.1 LOPJ zu überdehnen, lassen sich die verletzten wesentlichen Verfahrensnormen auf die Verletzung des Grundrechts auf wirksamen anwaltlichen Beistand im Verfahren aus einer doppelten Perspektive reduzieren: einerseits die mangelhafte Tätigkeit des Anwalts, andererseits die Abdankung der richterlichen Überwachungspflichten. Auf diese Weise könnte diese Grundrechtsverletzung als implizite “Supragrundlage” der Nichtigkeit geltend gemacht werden, die sich ohne Weiteres in Artikel 238.3 LOPJ einfügen lässt.

Grundsätzlich ist die Nichtigkeit von Verfahrenshandlungen anlässlich und durch die jeweilige gerichtliche Entscheidung zulässigen Rechtsmittel geltend zu machen (Artikel 240.1 LOPJ). Ausnahmsweise kann sie auch gegen Entscheidungen beantragt werden, die bereits Rechtskraft erlangt haben (Artikel 241.1 LOPJ). Der große Nachteil besteht in der funktionellen Zuständigkeit für die Entscheidung über diesen Zwischenfall, die das Gesetz demselben Richter oder Gericht zuweist, der bzw. das die rechtskräftige Entscheidung erlassen hat (zweiter Absatz des Artikels 241.1 LOPJ), was dem Zwischenverfahren einen nahezu illusorischen Charakter verleiht.

Stellt das Gericht eine offensichtlich unwirksame anwaltliche Tätigkeit fest, die keinen Mindeststandard an Wirksamkeit erreicht, so kann die prozessuale Konsequenz keine andere sein als die Nichtigkeit der Verfahrenshandlungen mit Rückverweisung auf den Zeitpunkt unmittelbar vor dem Eingriff des Anwalts, um die verletzte Rechtsordnung wiederherzustellen und die Verteidigungslosigkeit zu beheben, die in einem Verfahren mit allen Garantien, in dem Gleichheit

und kontradiktorische Verteidigung unbestrittene Hauptrollen spielen müssen, niemals hätte eintreten dürfen.

Mehr als die Hälfte der Strafverfahren in Spanien endet durch strikte Verständigung (*conformidad*); rechnet man die "teilweisen Verständigungen" hinzu, ist es mehr als wahrscheinlich, dass sich der Anteil auf drei Viertel der Verfahren beläuft. Dies erlaubt es, einen Gefahrenherd für die Verurteilung unschuldiger Angeklagter infolge unwirksamen anwaltlichen Beistands im Verständigungsverfahren zu identifizieren. Dies erklärt sich daraus, dass unser strafprozessuales System bei der Regelung der Verständigung keinerlei Kontrollmechanismus hinsichtlich des Vorliegens von Belastungsbeweisen vorsieht.

Ideal und zweifellos am ehesten mit den Grundrechten jedes Angeklagten vereinbar wäre es *de lege ferenda*, wenn das Gericht, vor dem die Verständigung erklärt wird, das Vorliegen von Belastungsbeweisen überprüfen könnte und insbesondere auch das mögliche Vorliegen verfassungswidrig erlangter Beweise sowie gegebenenfalls die Reichweite ihrer Fernwirkungen, wobei es befugt – und verpflichtet – wäre, die Verständigung zurückzuweisen und ein freisprechendes Urteil zu erlassen, wenn *prima facie* keine ausreichenden Belastungsbeweise zur Widerlegung der Unschuldsvermutung vorliegen, sei es, weil sie niemals existiert haben, sei es, weil solche Beweise, die unmittelbar oder mittelbar unter Verletzung von Grundrechten erlangt wurden, ausgeschlossen worden sind.

Zur Vervollständigung des vorgeschlagenen Systems und zur Überwindung der derzeitigen höchstrichterlichen Doktrin über die Unanfechtbarkeit von Urteilen nach Verständigung, die die getroffene Vereinbarung

wiedergeben, sollte es ermöglicht werden, gegen solche Urteile Rechtsmittel einzulegen, wenn begründet geltend gemacht wird: i) die Verletzung des Grundsatzes der Unschuldsvermutung in Verbindung mit dem Recht auf wirksamen anwaltlichen Beistand; oder ii) die Verletzung des Grundrechts auf ein Verfahren mit allen Garantien in Verbindung mit wirksamem anwaltlichem Beistand, die sich aus dem unterbliebenen Ausschluss rechtswidrig erlangter Beweise vor Zustandekommen der Verständigung ergibt. In dieser Forschungsarbeit wurde dargelegt, dass es in England und Wales völlig normal ist, Urteile nach Verständigung auf der Grundlage eines unwirksamen anwaltlichen Beistands anzufechten.

Eine theoretisch mittlere – genauer: kompromisshafte – Lösung, die in der Praxis jedoch kaum anwendbar wäre, bestünde darin, sich an den US-amerikanischen *Federal Rules of Criminal Procedure* zu orientieren und die Möglichkeit zuzulassen, dass der Angeklagte seine Schuld nur bedingt anerkennt (*conditional guilty plea*), wobei er sich schriftlich das Recht vorbehält, die unrechtmäßige Zurückweisung bestimmter Anträge, insbesondere –soweit hier von Interesse– eines Unterdrückungsantrags, anzufechten. Da eine solche bedingte Schuldanerkennung jedoch der Zustimmung des Gerichts und der Staatsanwaltschaft bedarf, hätte diese rechtliche Möglichkeit zumindest in Spanien keinerlei realistische Durchschlagskraft.

VI. Literaturverzeichnis

- ACHAMMER, “§ 57 StPO. Rechte des Verteidigers” en FUCHS/RATZ (Eds.), *Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung*, Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung, 2009.
- AGUILERA MORALES, M., “El incidente de nulidad de actuaciones *ex* artículo 241 LOPJ: una mala solución para un gran problema”, *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, Vol. 1 | 2018.
- AGUILERA MORALES, M., “La deriva del “principio” del consenso”, *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, Vol. 2 | 2019.
- ALONSO GALLO, J., “Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el derecho penal”, *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, N. 4/2011.
- ARANGÜENA FANEGO, C., “El derecho a la asistencia letrada en la Directiva 2013/48/UE”, *Revista General de Derecho Europeo* N. 32. Januar 2014, Iustel (RI §414328).
- ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho procesal penal (Decimoquinta edición)*, Marcial Pons, Madrid, 2024.
- ASENCIO MELLADO, J.M., *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989.
- ASENCIO MELLADO, J.M., *El proceso por aceptación de decreto*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.
- AAVV, *A Jailhouse Lawyer’s Manual*, 12th Edition, Columbia Human Rights Law Review, 2020.
- BACHMAIER WINTER, L., “La reforma de la LOTC y la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones”, *Revista Derecho Procesal*, 2007.

- BAUTISTA SAMANIEGO, C., “Conformidad material y juicio equitativo”, *La Ley Penal*, N. 164, September 2023, Editorial La Ley.
- BEKKER, P.M., “The right to counsel at trial for a defendant in the criminal justice system of the United States of America, including the right to effective assistance of counsel”, *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Vol. 38, N 3, 2005, S. 453-473.
- BERGER, V.O., “The Supreme Court and Defense Counsel: Old Roads, New Paths— A Dead End?”, *Columbia Law Review*, 86, 1986, S. 9-116.
- BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., *Modelos y propuestas para el proceso penal español*, Praxis, Sevilla, 2012.
- CAMPANER MUÑOZ, J., “El control jurisdiccional de la calidad de la interpretación y traducción en el proceso penal”, en la sección Tribuna del *Diario La Ley* N. 9619, Editorial La Ley (23. April 2020).
- CAMPANER MUÑOZ, J. y HERNÁNDEZ CEBRIÁN, N., “Guía de buenas prácticas relativas al derecho a la traducción y la interpretación de investigados y acusados”, in ARANGÜENA FANEGO/DE HOYOS SANCHO/HERNÁNDEZ LÓPEZ (Dir.), *Garantías procesales de investigados y acusados en procesos penales en la Unión Europea. Buenas prácticas en España*, Thomson-Reuters Aranzadi, 2020, S. 15-33.
- CAMPANER MUÑOZ, J., *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2. Edition 2021
- CANESTRINI, N., “Professional misconduct of defense attorney in international criminal cooperation: remedies?”, verfügbar auf: <https://canestrinilex.com/en/readings/professional-misconduct-of-de->

[fense-attorney-in-international-criminal-cooperation-remedies](#)

- CARNELUTTI, F., *Las miserias del proceso penal*, Librería EL FORO (Colección Clásicos del Derecho), Buenos Aires, 2006 (Übers. von N. VÁZQUEZ).
- CHAPPUIS, B., *La profession d'avocat, Tome I: Le cadre légal et les principes essentiels*, 2ème éd., 2016.
- CHOZAS ALONSO, J. M., “La expansión del incidente de nulidad de actuaciones por motivos procesales. A propósito de la STC 43/2010, de 26 de julio”, *Derecho Privado y Constitución*, N. 25, Januar-Dezember 2011, S. 311-348.
- CHOZAS ALONSO, J.M., “La conformidad penal española y el *patteggiamento* italiano. Breve estudio de derecho comparado”, *La Ley Penal: revista de Derecho Procesal, Penal y Penitenciario*, N. 104, September-Oktober 2013.
- DASH, S., “The Emerging Role and Function of the Criminal Defense Lawyer”, *North Carolina Law Review*, N. 47, Vol. 3, 1969, S. 598-632.
- DE CASTRO, P., *Defensa de la tortura y leyes patrias que la establecieron: e impugnación [sic.] del Tratado que escribió contra ella el Doctor Alfonso María de Acevedo*, Miguel Escribano, Madrid, 1778, herausgegeben von Maxtor, Valladolid, 2009.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., “Presunción de inocencia, prueba de cargo y sentencia de conformidad”, en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Koord.), *Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Tirant lo Blanch Tratados, Valencia, 2008, S. 67-74.

- DEL MORAL GARCÍA, A., “Verdad y Justicia Penal”, *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre deontología*, vol. I. Universidad Católica de San Antonio, Murcia, 2003, S. 537-560.
- DIAS, L., “Los acuerdos en Derecho penal en Karlsruhe y Estrasburgo: análisis de las recientes sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Pensar en Derecho*, N. 6, S. 195-243.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Un pequeño gran problema: indefensión y sentencia firme”, *Tribunales de Justicia*, N. 5, Mai 1997, S. 513-520.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “La reforma del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: luces y sombras”, *Tribunales de Justicia*, N. 2, Februar 1998, S. 129-143.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “A vueltas con el incidente de nulidad de actuaciones”, *Tribunales de Justicia*, N. 7, Juli 1999, S. 615-620.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “¿Tiene sentido el incidente de nulidad de actuaciones?”, in AAVV, *La nueva perspectiva de la tutela procesal de los derechos fundamentales: XXII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Mº de la Presidencia y Tribunal Constitucional, Madrid, 2018, S. 99-122.
- FERRÉ OLIVÉ, J.C., “El Plea Bargaining, o cómo pervertir la justicia penal a través de un sistema de conformidades low cost”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 20-06 (2018).
- FERRUA, P., *Il “giusto processo”*, Zanichelli, Bologna, 2012.

- FIDALGO GALLARDO, C., *Las “pruebas ilegales”: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
- FISCHHOFF, B., “Hindsight ≠ Foresight: The Effect of Outcome Knowledge on Judgment under Uncertainty”, *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance* 1 (3), 1975, S. 288-299.
- GARCÍA RAMÍREZ e ISLAS DE GONZÁLEZ MARRISCAL (Coords.), *Evolución del sistema penal en México. Tres cuartos de siglo*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Ciudad de México, 2017, S. 151-160.
- GARCÍA MUÑOZ, P.L., “Declaraciones de los sometidos al proceso penal en calidad de sospechosos, imputados o acusados”, en *Estudios sobre prueba penal* (Dir. ABEL LLUCH, X., y RICHARD GONZÁLEZ, M.), Volumen II, La Ley, Madrid, 2011, S. 167-259.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., “Justicia penal negociada y nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal. Algunas reflexiones críticas a la luz de la experiencia jurídica estadounidense”, un veröffentlichter Text.
- GASCÓN INCHAUSTI, F. y LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., “¿Por qué se conforman los inocentes?”, *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, N. 3/2018.
- GINO, F., MOORE, D.A., & BAZERMAN, M.H., “No harm, no foul: The outcome bias in ethical judgments”, *Harvard Business School*, Working Paper 08-080, 2008.
- GIMENO SENDRA, V., en VVAA, *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, Colex, Madrid, 2007.
- GLERUM, V., “Directive 2013/48/EU and the requested person’s right to appoint a lawyer in the issuing

member State in European Arrest Warrant proceedings”, *Review of European and Comparative Law*, XLI, 2020, Issue 2, S. 7-33.

GRISHAM, J., *The Racketeer*, Hodded, 2013.

GUT, T., *Counsel misconduct before the International Criminal Court. Professional responsibility in international criminal defence*, Studies in International and Comparative Criminal Law, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2012.

JEANNERET, Y., KUHN, A., PERRIER DEPEURSIN-GE, C. (édit.), *Commentaire Romand-Code de procédure pénale*, 2ème éd., 2019.

JIMENO BULNES, M., “El proceso penal en los sistemas del *common law* y *civil law*: los modelos acusatorio e inquisitivo en pleno siglo XXI”, *Justicia*, 2013, N. 2, S. 207-310.

JIMENO BULNES, M., “La Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013 sobre los derechos de asistencia letrada y comunicación en el proceso penal: ¿realidad al fin?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* N. 48, Mai/August 2014, S. 443-489.

LÓPEZ SIMÓ, F. y CAMPANER MUÑOZ, J., *El proceso por aceptación de decreto o monitorio penal*, Reus, Madrid, 2017.

LUHMANN, N., *Soziologie des Risikos*, De Gruyter, Berlín, 1991.

MARCOLINI, S., *Il patteggiamento nel sistema della Giustizia penale negoziata. L'accertamento della responsabilità nell'applicazione della pena su richiesta delle parti tra ricerca di efficienza ed esigenze di garanzia*, Giuffrè Editore, Milano, 2005.

- MORENILLA ALLARD, P., y CASTRO MARTÍN, J. L., “Sobre la inconstitucionalidad del artículo 241.1. II LOPI, en cuanto que atribuye la competencia para el conocimiento y resolución del incidente excepcional de nulidad de actuaciones al mismo Tribunal que dictó la resolución judicial firme cuya rescisión se postula”, *Diario La Ley*, N. 7784, 26. Januar 2012.
- MORENO CATENA, V., “Sobre el derecho de defensa: cuestiones generales”, *Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico*, 8, 2010, S. 17-40.
- MORENO VERDEJO, J., “La conformidad”, en VVAA., *El juicio oral en el proceso penal (especial referencia al procedimiento abreviado)*, Colección de Estudios de Derecho Procesal Penal núm. 26, Comares, Granada, 2010, S. 23-78.
- MUÑOZ ARANGUREN, A., “La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación”, *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, N. 2/2011.
- PIZZI, W.T., *Juicios y mentiras. Crónica de la crisis del sistema procesal penal estadounidense*, Tecnos, Madrid, 2004 (Einführende Studie, Übersetzung und Anmerkungen zur spanischen Ausgabe von FIDALGO GALLARDO).
- PRIMUS, E.B., “Disaggregating Ineffective Assistance of Counsel Doctrine: Four Forms of Constitutional Ineffectiveness”, *Stanford Law Review*, 72, 2020, S. 1581-1653.
- PRIMUS, E.B., “The illusory right to counsel”, *Ohio Northern University Law Review*, 37, 2011, S. 597-620.
- RICHARD GONZÁLEZ, M., *Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones*, Cizur Menor, 2008.

- RICKS, J.H. “Raising the Bar: Establishing an Effective Remedy against Ineffective Counsel”, *Brigham Young University Law Review*, Vol. 2015, 2016, S. 1115-1150.
- ROBINSON, P. H., *Structure and Function in Criminal Law*, Clarendon Press, Oxford, 1997.
- ROCHA GARCÍA, A., “La asistencia inefectiva del letrado en el proceso penal ¿Puede provocar indefensión la actuación negligente del abogado?”, *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, N. 3/2024.
- RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J., “El incidente de nulidad de actuaciones”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 25(1) (2021), S. 117-139.
- ROXIN, C., *Strafverfahrensrecht*, C.H. Beck, München, 1995.
- SACHER, M., “Die Hauptverhandlung als Forum der Wahrheit – Eine Analyse mit Blick auf die Strafprozessreformen von Argentinien und Mexiko”, Duncker & Humblot, Berlín, 2022.
- SÁNCHEZ MELGAR, J., “Título V. Del procedimiento por delitos cometidos por medio de la imprenta, el grabado u otro medio mecánico de publicación”, *Enjuiciamiento Criminal. Comentarios y Jurisprudencia* (Koord. SÁNCHEZ MELGAR, J.), Volumen II, Sepín, Madrid, 2010, S. 2960-2961.
- SCHÜNEMANN, B., “Crisis del procedimiento penal (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)”, *Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991, S. 49-58.

- SCHWARZER, W.W., “Dealing with Incompetent Counsel - The Trial Judge’s Role”, *Harvard Law Review*, 93, 4, 1980, S. 633-666.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., en su Editorial “A toro pasado, ...cuidado con los sesgos cognitivos”, *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3/2021.
- SIMON, H., “A Behavioral Model of Rational Choice”, *The Quarterly Journal of Economics* 69 (1), 1955, S. 99-118.
- STROHMAIER, N., PLUUT, H., VAN DER BOS, K., ADRIAANSE, J. & VRIESENDORP, R., “Hindsight bias and outcome bias in judging directors’ liability and the role of free will beliefs”, *Journal of Applied Social Psychology*, Wiley Periodicals LLC, 2021, 51, S. 141-158.
- TOMÉ GARCÍA, J.A. (con DE LA OLIVA SANTOS, A., ARAGONESES MARTÍNEZ, S., HINOJOSA SEGOVIA, R. y MUERZA ESPARZA, J.), *Derecho Procesal Penal*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004.
- TORRENT i SANTAMARIA, J.M. “Entre lo trascendente y lo aparente: el papel del incidente de nulidad de actuaciones en los recursos de amparo de naturaleza mixta”, *El proceso, la prueba y el tiempo de cambio*, Dykinson, Madrid, 2024, S. 95-121.
- VANBUREN, S.K., “The Ineffective Assistance of Counsel Quandry: The Debate Continues Strickland v. Washington”, *Akron Law Review*, Vol. 18, Iss. 2, Article 8, 1985, S. 325-337.
- VARELA CASTRO, L., “Para una reflexión sobre el régimen de la conformidad en el procedimiento abreviado”, en VVAA., *El procedimiento abreviado*, Cuadernos de Derecho Judicial IX, CGPJ, Madrid, 1992.

VÁZQUEZ SOTELO, J.L., *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1984.

VELEDA, D., en “La decisión sobre la quaestio facti en los acuerdos de culpabilidad”, *Quaestio facti*, Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio, n° 2, 2021.

VII. Rechtsprechung

7.1.- EUROPÄISCHER GERICHTSHOF FÜR
MENSCHENRECHTE (TRIBUNAL EUROPEO DE
DERECHOS HUMANOS)

STEDH vom 9. Oktober 1979, Fall *Airey* gegen Irland.

STEDH vom 13. Mai 1980, Fall *Ártico* gegen Italien.

STEDH vom 25. April 1983, Fall *Pakelli* gegen Deutschland.

STEDH vom 19. Dezember 1989, Fall *Kamasinski* gegen Österreich.

STEDH vom 24. November 1993, Fall *Imbrioscia* gegen die Schweiz.

STEDH vom 8. Februar 1996, Fall *John Murray* gegen das Vereinigte Königreich.

STEDH vom 21. April 1998, Fall *Daud* gegen Portugal.

STEDH vom 20. Januar 2005, Fall *Mayzit* gegen Russland.

STEDH vom 12. April 2005, Fall *Shamayev und andere* gegen Georgien und Russland.

STEDH vom 22. März 2007, Fall *Staroszczyk* gegen Polen.

STEDH vom 17. Juli 2007, Fall *Bobek* gegen Polen.

STEDH vom 20. Januar 2009, Fall *Güveç* gegen die Türkei.

STEDH vom 12. Januar 2010, Fall *Bakowska* gegen Polen.

STEDH vom 13. Juli 2010, Fall *Dbouba* gegen die Türkei.

STEDH vom 2. November 2010, Fall *Sakhnovski* gegen Russland.

STEDH vom 5. Juli 2012, Fall *Szubert* gegen Polen.

STEDH vom April 2015, Fall *Vamvakas* gegen Griechenland (N. 2).

STEDH vom 21. Juni 2016, Fall *Vasenin* gegen Russland.

STEDH vom 24. Januar 2019, Fall *Knox* gegen Italien.

STEDH vom 11. März 2021, Fall *Feilazoo* gegen Malta.

7.2.- VERFASSUNGSGERICHT (*Tribunal Constitucional*)

STC (Erste Kammer) 31/1981, vom 28. Juli.

ATC (Zweite Abteilung) 111/1982, vom 10. März.

STC (Zweite Kammer) 42/1982, vom 5. Juli.

STC (Erste Kammer) 47/1987, vom 22. April.

STC (Plenum) 37/1988, vom 3. März.

STC (Zweite Kammer) 90/1988, vom 13. Mai.

STC (Zweite Kammer) 167/1988, vom 27. September.

STC (Zweite Kammer) 101/1989, vom 4. Juni.

STC (Zweite Kammer) 112/1989, vom 19. Juni.

STC (Zweite Kammer) 50/1991, vom 11. März.

STC (Erste Kammer) 178/1991, vom 19. September.

- STC (Erste Kammer) 64/1992, vom 29. April.
STC (Zweite Kammer) 162/1993, vom 18. Mai.
STC (Zweite Kammer) 91/1994, vom 21. März.
STC (Erste Kammer) 181/1994, vom 20. Juni.
STC (Erste Kammer) 280/1994, vom 17. Oktober.
STC (Erste Kammer) 316/1994, vom 28. November.
STC (Zweite Kammer) 11/1995, vom 16. Januar.
STC (Erste Kammer) 18/1995, vom 24. Januar.
STC (Erste Kammer) 29/1995, vom 6. Februar.
STC (Erste Kammer) 169/1996, vom 29. Oktober.
STC (Erste Kammer) 184/1997, vom 28. Oktober
STC (Zweite Kammer) 233/1998, vom 1. Dezember.
STC (Zweite Kammer) 105/1999, vom 14. Juni.
STC (Zweite Kammer) 162/1999, vom 27. September.
STC (Zweite Kammer) 202/2000, vom 24. Juli.
STC (Erste Kammer) 237/2001, vom 18. Dezember.
STC (Zweite Kammer) 109/2002, vom 6. Mai.
STC (Zweite Kammer) 47/2003, vom 3. März.
STC (Zweite Kammer) 60/2003, vom 24. März.
STC (Erste Kammer) 87/2003, vom 19. Mai.
STC (Zweite Kammer) 5/2004, vom 16. Januar.
STC (Erste Kammer) 141/2005, vom 6. Juni.
STC (Erste Kammer) 56/2009, vom 9. März.
STC (Zweite Kammer) 160/2009, vom 29. Juni.
STC (Zweite Kammer) 26/2010, vom 27. April.

STC (Zweite Kammer) 80/2011, vom 6. Juni.

STC (Zweite Kammer) 179/2014, vom 3. November.

STC (Zweite Kammer) 180/2020, vom 14. Dezember.

STC (Plenum) 35/2021, vom 18. Februar.

STC (Zweite Kammer) 151/2021, de 13. September.

Beschluss vom September 2024 der Ersten Kammer,
mit dem das gegen den unterzeichnenden Anwalt
der Verfassungsbeschwerde 1739-2024 eingeleitete
Disziplinarverfahren abgeschlossen wird.

7.3.- VERFASSUNGSGERICHT- ZWEITE KAMMER (*Tribunal Supremo - Sala Segunda*)

STS 1417/1988, vom 1. März.

STS 2373/1990, vom 18. Januar.

STS 722/1989, vom 19. Juli.

STS 7273/1990, vom 15. Oktober.

STS 758/1997, vom 30. Mai.

STS 1304/2000, vom 14. Juli.

STS 114/2001, vom 31. Mai.

STS 1652/2001, vom 17. September.

ATS 595/2004, vom 15. April.

ATS 1408/2005, vom 7. Juli.

STS 193/2008, vom 30. April.

STS 592/2009, vom 5. Juni.

STS 1117/2009, vom 11. November.

STS 125/2010, vom 16. Februar.

STS 256/2010, vom 8. März.

STS 290/2010, vom 31. März.
STS 1022/2010, vom 17. November.
STS 1077/2011, vom 10. Oktober.
STS 892/2012, vom 15. November.
STS 137/2013, vom 21. Februar
STS 208/2013, vom 15. März.
STS 679/2013, vom 25. Juli.
STS 803/2013, vom 31. Oktober.
STS 72/2014, vom 29. Januar.
STS 487/2014, vom 9. Juni.
STS 651/2014, vom 7. Oktober
STS 327/2016, vom 20. April.
STS 821/2016, vom 2. November.
STS 512/2017, vom 5. Juli.
ATS vom 7. Juli 2017.
STS 60/2018, vom 2. Februar.
STS 158/2018, vom 5 April.
STS 145/2019, vom 14. März.
STS 447/2019, vom 3 Oktober.
STS 298/2020, vom 11 Juni.
STS 407/2020, vom 20. Juli.
STS 636/2020, vom 26. November.
STS 655/2020, vom 3. Dezember.
STS 686/2020, vom 14. Dezember.
STS 47/2021, vom 21. Januar.

- STS 370/2021, vom 4. Mai.
STS 229/2021, vom 11. März.
STS 383/2021, vom 5. Mai.
STS 651/2021, vom 20. Juli.
STS 728/2022, vom 14. Juli.
STS 768/2022, vom 15. September.
STS 906/2022, vom 17. November.
ATS 85/2023, vom 12. Januar.
STS, 14/2023, vom 19. Januar.
STS 357/2023, vom 16. Mai.
STS 380/2023, vom 19. Mai.
ATS 20418/2023, vom 27. Juni.
STS 522/2023, vom 29. Juni.
STS 649/2023, vom 5. September.
STS 651/2023, vom 20. September.
STS 714/2023, vom 28. September.
STS 821/2023, vom 10. November.
STS 930/2023, vom 18. Dezember.
STS 202/2024, vom 5. März.
STS 342/2024, vom 25. April.
STS 403/2024, vom 16. Mai.
STS 574/2024, vom 7. Juni.
STS 728/2024, vom 11. Juli.
STS 782/2024, vom 19. September.

7.4.- *Audiencias Provinciales*

- SAP Madrid (Abteilung 30) 39/2012, vom 30. Januar.
SAP Balearen (Abteilung 2) 28/2018, vom 18. Januar.
SAP Barcelona (Abteilung 6) 84/2020, vom 4. Februar.
SAP Valencia (Abteilung 4) 363/2021, vom 7. Juni.
SAP Malaga (Abteilung 1) 491/2021, vom 11. November.
SAP Asturias (Abteilung 2) 175/2022, vom 25. Mai.
SAP Madrid (Abteilung 23) 2/2024, vom 8. Januar.
SAP Palma (Abteilung 1) 21/2024, vom 9. Januar.
AAP Palma (Abteilung 1) vom 2. Mai 2024.
AAP Madrid (Abteilung 17) vom 16. Juli 2024.

7.5.- OBERSTE GERICHTE: ZIVIL- UND STRAFKAMMER
(*Tribunales Superiores de Justicia - Sala de lo Civil y Penal*)

- STSJ Madrid 87/2018 (Abteilung 1), vom 26. Juni.
STSJ Cataluña 247/2023 (Abteilung der Strafberufung),
vom 17. Juli.

7.6.- *Audiencia Nacional* (STRAFKAMMER)

- SAN (Abteilung 3) 36/2018, vom 18. Oktober.
AAN (Abteilung 4) 544/2021, vom 24. September.
AAN (Abteilung 1) 716/2022, vom 22. November.

7.7.- OBERSTER GERICHTSHOF DER VEREINIGTEN
STAATEN (*Supreme Court of the United States*)

- Urteil Fall *Anders* gegen California, 386 U.S. 738, 743
(1967).

Urteil Fall *Engle* gegen *Isaac*, 456 U.S. 107 (1982).

Urteil Fall *Strickland* gegen *Washington*, 466 U.S. 668 (1984).

Urteil Fall *United States* gegen *Cronic*, 466 U.S. 648 (1984).

Urteil Fall *Burt* gegen *Titlow*, 571 U.S. 12 (2013).

7.8.- BERUFUNGSGERICHT DER VEREINIGTEN
STAATEN VON AMERIKA, SIEBTER GERICHTSBEZIRK
(U.S. COURT OF APPEALS, SEVENTH CIRCUIT)

Urteil Fall *Williams* gegen *Twomey*, 510 F.2d 634, vom
24. März 1975.

7.9.- OBERSTER GERICHTSHOF VON ÖSTERREICH

Urteil vom 30. Juni 2011, 11 Os 67/11d.

7.10.- BUNDESGERICHT DER SCHWEIZ

Urteil vom 14. Juli 2009, 1B_67/2009.

Urteil vom 22. Juli 2013, 1B_110/2013.

Urteil vom 22. Januar 2014, 1B_398/2013.

Urteil vom 9. Februar 2016, 6B_1078/2014.

Urteil vom 17. Juni 2016, 6B_307/2016.

Urteil vom 21. März 2023, 1B_479/2022.

7.11.- STRAFKAMMER DES BERUFUNGSGERICHTS VON
ENGLAND UND WALES (*Criminal Division of the
Court of Appeal of England and Wales*)

Urteil Fall *Inss* [1974] 60 Cr. App. R. 231.

Urteil Fall *Swain* [1986] Crim L.R. 480.

- Urteil Fall *Ensor* [1989] 2 All ER 586.
- Urteil Fall *Verney* [1909] 2 Cr. App. R. 107.
- Urteil Fall *Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223.
- Urteil Fall *Clinton* [1993] 2 All ER 998.
- Urteil Fall *Donnelly* [1998] Crim. L.R. 131.
- Urteil Fall *Whatmore* [1999] Crim. L.R. 87.
- Urteil Fall *Richards* [2000] All ER (D) 900.
- Urteil Fall *Ullah* [2000] 1 Cr. App. R. 351.
- Urteil Fall *Nangle* [2001] Crim LR 506.
- Urteil Fall *Boodram* gegen Trinidad y Tobago [2001] UKPC 20.
- Urteil Fall *Day* [2003] EWCA Crim 1060.
- Urteil Fall *Saik* [2004] EWCA Crim 2936.
- Urteil Fall *Abdroikov* [2007] UKHL 37.
- Urteil Fall *Nightingale* [2013] EWCA Crim 405.
- Urteil Fall *Ilyas Hanif* [2014] EWCA Crim 1678.
- Urteil Fall *Achogbuo* [2014] EWCA Crim 567.
- Urteil Fall *Ekareb* [2015] EWCA Crim 1936.
- Urteil Fall *McCarthy* [2015] EWCA Crim 1185.
- Urteil Fall *Jones* [2019] EWCA Crim 1059.
- Urteil Fall *Kakaei* [2021] EWCA Crim 503.
- Urteil Fall *AB* [2021] EWCA Crim 2003.
- Urteil Fall *BWM* [2022] EWCA Crim 924.
- Urteil Fall *BYA* [2022] EWCA Crim 1326.

7.12.- OBERSTER GERICHTSHOF ITALIENS (*Corte Suprema di Cassazione*)

Urteil N. 3631, vom 20. Dezember 2016.

Urteil N. 2112, vom 16. November 2021.

Urteil N. 30262, vom 30. Mai 2023.

Urteil N. 5983, vom 19. Dezember 2023.

7.13.- ITALIENISCHES VERFASSUNGSGERICHT (*Corte Costituzionale*)

Urteil N. 113, vom 4-7. April 2011.

7.14.- ERSTE KAMMER DES STRAFGERICHTSHOFS VON FLORENZ (*Tribunale di Firenze*)



Das Recht auf anwaltlichen Beistand stellt eine der grundlegenden Säulen der Strafrechtspflege dar. Die bloße Anwesenheit eines Rechtsanwalts gewährleistet jedoch nicht immer, dass das Recht auf Verteidigung tatsächlich wirksam gewahrt ist. In diesem Werk untersucht *Jaime Campaner Muñoz* das Problem der unwirksamen anwaltlichen Beistandsleistung anhand einer grundlegenden Analyse der verfassungsrechtlichen Lehre, der Rechtsprechung und vergleichender Modelle und bietet zugleich originelle Lösungen zur Vermeidung der Unwirksamkeit anwaltlichen Beistands sowie neuartige Abhilfemechanismen.

Das Buch zeigt auf, wie unterschiedliche Rechtssysteme dieser Herausforderung begegnen, und reflektiert die Verantwortung der Rechtsanwälte und der Justizbehörden, damit das Recht auf Verteidigung als echte Gewährleistung funktioniert und nicht bloß als formale Voraussetzung fungiert. Indem diese Überlegungen in den Rahmen der spanischen Rechtsordnung eingeordnet und mit internationalen Perspektiven in Dialog gesetzt werden, leistet diese Studie einen wertvollen Beitrag zur Debatte über Fairness und Verantwortung im Strafverfahren.

ISBN 978-99964-21-63-1



9 789996 421631