

§ 148 Abs. 1 StPO; Art. 32 Abs. 1 Satz 1 BayStVollzG

### Postkontrolle bei der Mandatsanbahnung

#### Leitsätze des Gerichts:

1. Nach Art. 32 Abs. 1 Satz 1 BayStVollzG wird der Schriftwechsel der Gefangenen mit ihren Verteidigern nicht überwacht. Die Verteidigereigenschaft setzt ein bereits durch gerichtliche Beordnung oder durch Annahme des Verteidigungsauftrags bestehendes Verteidigungsverhältnis voraus. Ein Anbahnungsverhältnis ist hierfür nicht ausreichend.
2. Nur bei Bestehen eines Verteidigungsverhältnisses dürfen Briefe als Verteidigerpost gekennzeichnet werden.
3. Aus dem Gesetz ergibt sich zwar keine Verpflichtung eines Verteidigers seine Verteidigereigenschaft gegenüber der Justizvollzugsanstalt nachzuweisen. Um die unverzügliche Weiterleitung der ein- und ausgehenden Briefsendungen der Verteidiger bzw. an die Verteidiger gewährleisten zu können, ist ein entsprechender Nachweis jedoch erforderlich.

OLG München, Beschl. v. 30. 4. 2012 – 4 Ws 74/12



In Jurion Strafrecht ([www.strafrecht.jurion.de](http://www.strafrecht.jurion.de)) sind die Entscheidungen aus dem StRR, weiterführende Literatur und Vorschriften verlinkt und direkt abrufbar.

## I. Sachverhalt

Ein Strafgefangener hatte einen Anwalt angeschrieben und diesen um Übernahme einer Verteidigung in einer Strafvollstreckungs- bzw. Strafvollzugsangelegenheit gebeten. Dieser hatte in einem Schreiben an den Gefangenen, das er deutlich sichtbar mit „Verteidigerpost“ kennzeichnete, zurückgeschrieben und eine erste Einschätzung des Sachverhalts sowie die Modalitäten einer etwaigen Mandatsübernahme mitgeteilt. Die JVA stellte das Schreiben jedoch nicht zu, sondern schickte es ungeöffnet mit dem Stempelaufdruck „Verteidigereigenschaft nicht nachgewiesen“ an den Absender zurück. Der Anwalt hat daraufhin das Schreiben ein zweites Mal an den Gefangenen gesendet, nunmehr mit dem handschriftlichen Vermerk „zur Mandatsübernahme/-anbahnung“ versehen. Auch dieses Schreiben wurde mit dem besagten Stempelaufdruck an den Anwalt zurückgesandt. Daraufhin hat der Anwalt bei der Strafvollstreckungskammer beantragt, festzustellen, dass das Zurückschicken und Nichtaushändigen des Briefes rechtswidrig war. Gegen den ablehnenden Beschluss der Kammer hat der Anwalt Rechtsbeschwerde beim OLG München eingelegt und diese primär damit begründet, dass ein Verstoß gegen Art. 32 Abs. 1 BayVollzG vorläge, der einen unüberwachten Schriftwechsel zwischen Gefangenen und ihren Verteidigern garantiere und ausgeführt: Schon bei der Anbahnung eines Mandatsverhältnisses gelte die Überwachungsfreiheit. Auch müsse die Verteidigereigenschaft nicht nachgewiesen werden; der entsprechenden Verwaltungsvorschrift fehle die Gültigkeit im Außenverhältnis. Schließlich hätte die JVA auch ermesensfehlerhaft gehandelt, da sie nicht nachgefragt habe, ob es sich um Verteidigerpost gehandelt hätte. Ergänzend wurde ausgeführt, dass in bayerischen Gefängnissen alternative Formen einer unüberwachten Mandatsübernahme fehlten; insbesondere seien Telefonate nicht möglich. Das alles verletze seine Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG).

## II. Entscheidung

Das OLG München verwirft die zulässige Fortsetzungsfeststellungsklage als unbegründet. Der Antragsteller sei zum Zeitpunkt der Zurückweisung der Post nicht Verteidiger des Gefangenen gewesen, sodass er auch keinen Anspruch auf unüberwachten Briefverkehr gehabt hätte. Das StVollzG unterscheide zwischen Verteidigern und Rechtsanwälten. Die Verteidigereigenschaft setze – wie auch bei § 148 StPO – ein bestehendes Verteidigungsverhältnis voraus (unter Bezugnahme auf MEYER-GOSSNER, StPO, 55. Aufl., § 148 Rn. 4). Der sog. Anbahnungsfall begründe kein Verteidigungsverhältnis und sei einem solchen auch nicht gleichzustellen. Wörtlich heißt es: „Denn dem Missbrauch wäre Tür und Tor geöffnet, wenn die JVA verpflichtet wäre, den Schriftverkehr für ein Vielzahl von Anbahnungsgesprächen ohne Kontrolle zuzulassen.“ Der Anwalt hätte den ersten Brief deshalb überhaupt nicht als Verteidigerpost kennzeichnen dürfen. Sofern die Kontaktaufnahme dringlich gewesen wäre, so rät das OLG, hätte der Anwalt den Gefangenen persönlich in der JVA aufsuchen bzw. eine unterzeichnete Verteidigungsvollmacht einreichen können.

Eine Verpflichtung, die Verteidigereigenschaft gegenüber der JVA nachzuweisen, lässt sich laut OLG München zwar nicht aus dem Gesetz ableiten und kann auch nicht auf die Verwaltungsanordnungen gestützt werden – jedoch sei es notwendig, dass die JVA schnell und zuverlässig die bestehende Verteidigereigenschaft nachprüfen könne, denn nur so könne dem Gebot des Art. 33 BayVollzG, ein- und ausgehende Briefsendungen unverzüglich weiterzuleiten, entsprochen werden.

Die Zurücksendung der Briefe sei auch nicht ermessensfehlerhaft gewesen. Selbst wenn täglich nur einige wenige als Verteidigerpost gekennzeichnete Postsendungen, bei denen die Verteidigereigenschaft nicht nachgewiesen sei, eingingen, wären telefonische Nachfragen bei den Anwaltskanzleien oder bei den Gefangenen zu zeitaufwändig.

### **Bedeutung für die Praxis:**

**1.** Die Frage, wieweit der Verkehr des Verteidigers mit seinem inhaftierten Mandanten überwacht werden darf, wird seit jeher äußerst kontrovers behandelt (vertiefend RIESS, in: BMJ [Hrsg.], Vom Reichsjustizamt zum Bundesministerium der Justiz, 1977, S. 373, 408 ff.). Die große Linie der Auseinandersetzung betrifft dabei die Frage, ob die Kommunikation zwischen Verteidiger und Beschuldigtem überhaupt überwacht werden darf. Hier stehen sich in der Gesetzgebungsgeschichte zwei Positionen unverbrüchlich gegenüber: Die eine fordert ein völlig unüberwachtes Verteidigungsinnenverhältnis und begründet dies damit, dass ein generelles Misstrauen gegenüber der Anwaltschaft unangebracht sei und dass überwachte Gespräche keinen Sinn machten. Diese Position hat sich bei der Verabschiedung des geltenden § 148 Abs. 1 StPO durch das liberal-freiheitliche StPÄG 1964 in zwei Kampf-abstimmungen im Bundestag durchgesetzt. Die andere hält Kontrollmöglichkeiten zumindest im Ermittlungsverfahren (sowie bei bestimmten Delikten, vgl. § 148 Abs. 2 StPO, der 1976 im Zuge der RAF-Gesetzgebung verabschiedet wurde) für erforderlich, damit der Untersuchungszweck nicht gefährdet wird.

**2.** Das, was in der Gesetzgebung im Großen kontrovers behandelt wird, findet sich als kleine Kontroverse bei der Auseinandersetzung darüber wieder, ob die Überwachungsfreiheit des § 148 Abs. 1 StPO nur für bestehende Verteidigungen gilt oder auch für Anbahnungsgespräche. Diese Auseinandersetzung strahlt auch auf die Interpretation der StVollzG – hier auf Art. 32 Abs. 1 Satz 1 BayStVollzG – aus. Die eine Seite in Rechtsprechung und Kommentierung verweigert unüberwachte Gespräche und lässt die Postkontrolle zu (vgl. MEYER-GOSSNER, a.a.O., § 148 Rn. 4); sie kann sich dabei auf den Wortlaut des § 148 Abs. 1 StPO bzw. der StVollzG berufen, der zwischen Verteidigern einerseits und Rechtsanwältinnen andererseits differenziert. Die andere Seite kann sich dagegen auf Sinn und Zweck des § 148 StPO berufen: Die Zwangslage des Beschuldigten, sich vorbehaltlos gegenüber einem Anwalt offenbaren zu dürfen, besteht gerade dann, wenn der in Aussicht genommene Verteidiger noch keine Aktenkenntnis haben kann (HK-StPO/JULIUS, 4. Aufl., § 148 Rn. 7). Das macht – richtig gesehen – ein unüberwachtes Gespräch zwischen Beschuldigtem und Anwalt schon bei der Entscheidung darüber, ob ein Mandat erteilt bzw. angenommen wird, notwendig. Nicht durch § 148 Abs. 1 StPO geschützt sind dagegen sog. Anbieterungs- oder Angebotsfälle, bei denen der Anwalt ohne Auftrag an Beschuldigte herantritt (vertiefend HK-StPO/JULIUS, a.a.O., § 148 Rn. 7; vgl. zu einem solchen Anbieterungsfall auch OLG Hamm StRR 2010, 193). Der Schutz erstreckt sich dabei nicht nur auf mündliche Gespräche, sondern gleichermaßen auch auf die Postkontrolle (SK-StPO/WOHLERS, 4. Aufl., § 148 Rn. 22). Der Anwalt hat deshalb beim zweiten Versuch der Briefversendung des Schreibens richtig gehandelt, als er das Schreiben als Fall der Mandatsanbahnung kennzeichnete; und er hatte einen Anspruch auf Zustellung ohne Postkontrolle.

**3.** Das OLG München folgt dagegen einseitig der Position, die Misstrauen gegenüber Anwälten für angebracht

hält. Der Senat sieht überhaupt keinen Bedarf für eine geschützte Kommunikation im Rahmen eines Anbahnungsgesprächs, auch nicht für eines, das – wie hier – auf Initiative des Gefangenen zustande kam. Wenn das OLG meint, man könne ja eine Vollmacht beifügen, um eine Postkontrolle zu vermeiden, geht das an der Sache vorbei, denn das verkennt ja vollständig, dass über eine etwaige Mandatsaufnahme erst entschieden werden soll. Auch sonst schöpft das OLG München die aufgeworfene Problematik höchst unzureichend aus: Dem Umstand, dass alternative Kommunikationsformen für etwaige Kontaktaufnahmen in Bayern nicht möglich sind (Stichwort: unüberwachte Telefonate), räumt es keine Bedeutung ein. Es stellt keine Erwägungen dazu an, ob man der JVA bei Anbahnungsgesprächen mehr abverlangen kann, als Briefe mit Stempelabdrucken zu versehen und zurückzusenden.

**4.** Mit Blick auf die Rechtsprechung des BVerfG sei die Frage gestattet, ob mit dem vorliegenden Beschluss das letzte Wort in Sachen Postkontrolle von Anbahnungsgesprächen gefallen ist. Das OLG München selbst stellt keinerlei verfassungsrechtliche Erwägungen an. Die drängen sich aber auf: Das BVerfG hat nämlich herausgestellt, dass Art. 12 Abs. 1 GG dem Rechtsanwalt eine von staatlicher Kontrolle und Bevormundung freie Berufsausübung gewährleistet und dass das Recht des Beschuldigten, sich im Strafverfahren von einem Anwalt seiner Wahl und seines Vertrauens verteidigen zu lassen, durch das Rechtsstaatsprinzip geschützt wird (BVerfGE 110, 226, 251 ff.). Es hat zudem in einer neueren Kammerentscheidung die Auffassung kritisiert, Telefonkontakte zwischen Verteidiger und Mandant seien nur in Ausnahmefällen genehmigungsfähig (BVerfG, Beschl. v. 7.3.2012 – 2 BvR 988/10, StraFo 2012, 129). Zudem hat es darauf hingewiesen, dass eine Untersagung entsprechender Telefonkontakte wegen angeblicher Missbrauchsgefahr mit der Stellung des Verteidigers als Organ der Strafrechtspflege, das einen Vertrauensvorschuss genießt, schwer zu vereinbaren sei (BVerfG, Beschl. v. 7.3.2012 – 2 BvR 988/10, StraFo 2012, 129 Rn. 35). Auch wenn es in diesen Entscheidungen nicht um Anbahnungsgespräche ging, wird doch deutlich, dass der vorliegende Beschluss des OLG München dem Geist der Verfassungsrechtsprechung ersichtlich nicht gerecht wird.

Prof. Dr. Stephan Barton, Bielefeld

